

Knut Weber

**Der Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts
bei widersprechenden
Allgemeinen Geschäftsbedingungen
der Vertragspartner**

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0012

Der Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts
bei widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen
der Vertragspartner

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

K n u t W e b e r

aus Borkum

1970



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. R. Lukes

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. D. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. H. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1969

Der Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts
bei widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen
der Vertragspartner

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

K n u t W e b e r

aus Borkum

1970

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. R. Lukes

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. D. Reinicke

Dekan: Prof. Dr. H. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1969

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitung	1
§ 1 Einführung	1
I. Ursprung und Begriff der AGB	1
II. Motive für die Verwendung von AGB	6
III. Widersprechende AGB beider Vertragspartner	9
1. Ursachen für die Entstehung des Problems	9
2. Beispiele	10
3. Problematik	12
IV. Gang der Untersuchung	12
1. Aufbau	12
2. Ausgangsfall	13
3. Terminologie	13
B. Hauptteil	14
Erster Teil: Die bisherigen Lösungsversuche	14
1. Abschnitt: Grundlagen	14
§ 2 Rechtsnatur der AGB	14
I. Grundsatz: Rechtsgeschäftliches Produkt	14
II. Besonderheiten gegenüber "gewöhnlichen" Vertragsinhalten	16
1. Auslegung	16
2. Revisibilität	17
3. Inhaltskontrolle	18
4. Auswirkung nichtiger AGB	19
§ 3 Geltungsgrund der AGB	20
I. Grundsatz: Rechtsgeschäftliche Vereinbarung	20
II. Besonderheiten gegenüber gewöhnlichen Willenserklärungen	21
1. Terminologie	21
2. Anforderungen an die AGB-Vereinbarung	22

	Seite
3. Inhalt der Vereinbarung	25
§ 4 Konsequenzen für das Problem einander widersprechender AGB	26
I. Verhältnis AGB-Vereinbarung - Individual-Erklärung	26
II. Mögliche Lösungen	27
2. Abschnitt: Darstellung der bisher vertretenen Lösungen	29
§ 5 Die Ansicht der Rechtsprechung ("Konsenslösung")	29
I. Methode	29
II. Begründung	30
III. Ergebnis	34
§ 6 Die in der Literatur vertretenen Lösungen ("Dissenslösungen")	34
I. Methode	35
II. Begründung	36
1. "Gegenseitige Aufhebung" der einander widersprechenden AGB	36
2. "Doppelter Vertragsschluß"	36
3. "Offener Dissens" (§ 154 BGB)	37
4. "Versteckter Dissens" (§ 155 BGB)	37
5. Kombination §§ 154, 155 BGB	38
6. Teilnichtigkeit nach § 139 BGB	39
7. Trennung von AGB und Individualabreden	39
III. Ergebnis	40
1. Vertragsinhalt	40
2. Lückenausfüllung	41
3. Offene Fragen	42
3. Abschnitt: Kritik der bisherigen Lösungsversuche	42
§ 7 Die "Konsenslösung"	42
I. Lösungsweg	44
II. Begründung	44
1. Die Lehre von der "stillschweigenden" Willenserklärung	45

	Seite
a) "Echte" stillschweigende Willenserklärungen	45
b) "Fingierte" Willenserklärungen	47
2. Anwendung durch die Konsenslösung	48
a) Vertragserfüllung als "echte" Willenserklärung?	49
b) Vertragserfüllung als "fingierte" Willenserklärung?	53
III. Ergebnis	56
1. Auswirkungen für die Betroffenen	57
2. Auswirkungen für die Rechtspraxis	60
3. Ungelöste Fragen	62
IV. Zusammenfassung	64
§ 8 Die "Dissens-"Lösungen	65
I. Ergebnis	65
II. Lösungsweg	66
III. Begründung	67
1. Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts ohne AGB durch "schlüssiges" Verhalten?	67
2. Wirksamkeit des ursprünglichen Geschäfts nach §§ 139, 154, 155 BGB?	68
a) § 139 BGB?	68
b) § 154 oder § 155 BGB?	69
aa) Begründung bei offenem Dissens	71
bb) Begründung bei verstecktem Dissens	73
3. Teilnichtigkeit der AGB bei Trennung von AGB und Individualabreden?	77
IV. Zusammenfassung	80
4. Abschnitt: Konsequenzen	81
§ 9 Notwendigkeit weiterer Untersuchungen	81
I. Bisherige Ergebnisse	81
II. Bewertung der erzielten Resultate	82
III. Konsequenzen	84
§ 10 Möglichkeiten einer neuen Lösung	84

	Seite
I. Denkbare Lösungswege	84
II. Gesetzesänderung als Ausweg?	85
Zweiter Teil: Eigener Lösungsvorschlag	87
§ 11 Ansatzpunkte für eine neue Lösung	87
1. Abschnitt: Grundlagen: Trennung von AGB und Individualabreden	88
§ 12 Teilbarkeit der Vertragserklärungen	88
I. Objektive Teilbarkeit	88
II. Umfang der Teilbarkeit	90
§ 13 Berechtigung der Teilung	91
I. Die Argumente der h.M. gegen eine Aufteilung	91
II. Gründe für eine Teilung	93
1. Willensstruktur der AGB-enthaltenen Vertragserklärungen	94
2. Vergleich mit der Willensstruktur des gesetzlichen Modells einer Willenserklärung	98
3. Konsequenzen der unterschiedlichen Strukturierung	99
2. Abschnitt: Konsequenzen einer Teilung für die rechtliche Beurteilung der Einzelrechtsgeschäfte	101
§ 14 Zustandekommen der Einzelrechtsgeschäfte	101
I. Vertragsschluß und Individualabreden	101
II. Vertragsschluß und AGB-Komplexe	101
III. Vertragsschluß und Verweisung	104
1. Charakter der Verweisung	104
2. Rechtliche Wertung	110
3. Folgerungen	112
§ 15 Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte	115
I. Individueller Inhalt	115
II. AGB-Inhalt	115
1. Widersprechende Klauseln	116
2. Übereinstimmende AGB	118
3. "Überschießende" Bedingungen	118

	Seite
§ 16 Bestand der Einzelrechtsgeschäfte	121
I. Teilnichtigkeit von AGB und Bestand des Restgeschäfts	121
1. Die Problematik der gesetzlichen Regelung (§ 139 BGB)	121
II. Möglichkeiten einseitiger Bestands- einwirkung	126
1. Rücktritt	126
2. Anfechtung	128
§ 17 Abrundung und Zusammenfassung der bishe- rigen Erkenntnisse	132
I. Anwendung auf Fallvariationen	132
1. Beiderseits "stillschweigende" Verweisung	132
2. Zusammentreffen von ausdrückli- cher und "stillschweigender" Ver- weisung	133
II. Zusammenfassung	133
1. Lösungsweg	133
2. Ergebnis	134
C. Schluß	135
§ 18 Abschließende Betrachtungen	135
I. Vergleich mit den bisherigen Lösun- gen	135
1. Konsenslösung	135
2. Dissenslösungen	137
II. Ausblick	138

Literaturverzeichnis

(In Klammern die Zitierweise)

- | | |
|---------------------------|---|
| Bächle, Wilhelm | Der Vertragsschluß nach Formular, Diss. jur. München 1931 |
| Ballerstedt, Kurt | Kartellverbot und Einzelvertrag, in: JZ 56, S. 267 ff. |
| Bandasch, Georg | Kommentar zum HGB, Neuwied 1960 |
| Baumbach-Duden | HGB, 17. Aufl. München-Berlin 1966, z.T. 13. Aufl. 1959 und 14. Aufl. 1961 |
| Bernhardt, Wolfgang | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, in: DR 42, S. 1171 ff. |
| Bierling, Wilhelm | Frachtregelung durch Konditionenkartelle, in: WuW 59, S. 716 ff. |
| Blomeyer, Arwed | Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. Berlin-Frankfurt 1964 |
| Bobrowski, Paul | Liefervertrag und Lieferbedingungen, Selbstverlag 1956 |
| Böckel, Eberhard | Geschäftsbedingungen, - Bezugnahme auf eigene, in: Ergänzbare Lexikon des Rechts, hrsg. von Ad. Reifferscheid, Loseblatt, Stand April 1967, Neuwied |
| Brandner, Hans Erich | Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: AcP 162, S. 237 ff. |
| Brunn, Johann-Heinrich v. | Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln-Berlin 1956 (v. Brunn S. ...) |
| ders. | Die Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen, in: Kartellrundschau, Heft 1, Köln-Berlin-München 1960 (v. Brunn. Verw. Prax.) |

- Brunn, Johann-Heinrich v. Über unlautere Geschäftsbedingungen, zugleich eine Besprechung von Mroch (s.u.) in: AcP 159, 547 ff.
- Clauss, Karl Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: MDR 59, S. 165 ff.
- Coing, Helmut Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, in: SavZ (rom. Abt.) Bd. 69, (1952) S. 24 ff.
- Diederichsen, Uwe Der "Vertragsschluß" durch kaufmännische Bestätigungsschreiben, in: JuS 66, S. 129
- Droste, K. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: DB 57, Beilage 10
- Eilles Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte, in: DGWR 41, S. 121 ff.
- ders. Gedanken zur Auslegung und Anwendung subjektiven Privatrechts, in: ZZP 62 (1941), S. 1 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. neubearbeitete Aufl., Tübingen 1959/60
- Enquête-Ausschuß Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, 2. Teil, 1. Abschnitt, Berlin 1928
(Enquête-Ausschuß I/3 2.1.Abschn.)
2. Abschnitt, Berlin 1928
(Enquête-Ausschuß I/3 2.2.Abschn.)
- Erman, Walter Handkommentar zum BGB, 4. Auflage, Münster 1967
- Ewald, Heinz Aus der Praxis des Bundeskartellamts, in: WRP 59, S. 131 ff.

- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht, Berlin 1965
- ders. Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen abdingbar?
in: BB 61, S. 297 f.
- Fischer, Robert Besprechung von Baumb.-Duden,
14. Aufl., in: ZHR 63, S. 202 ff.
- ders. Die Allgemeinen Geschäfts- und
Lieferungsbedingungen, in: BB 57,
S. 481 ff.
- Flad Der Geschäftsirrtum in der neueren
Rechtsprechung des Reichsgerichts,
in: Festschrift Bumke 1939, S.
232 ff.
- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft, Berlin-Hei-
delberg-New York 1965
- ders. Rechtsgeschäft und Privatautono-
mie, in: 100 Jahre deutsches
Rechtsleben, Festschrift zum 100-
jährigen Bestehen des deutschen
Juristentags 1860 - 1960, Bd. II
S. 135 ff., Karlsruhe 1960
- Franz, Dietmar Der Schadensersatzanspruch des
Verkäufers wegen Nichterfüllung
und seine Pauschalierung in All-
gemeinen Geschäftsbedingungen, in:
NJW 66, S. 2342 f.
- Gierke, Julius v. Handels- und Schiffahrtsrecht,
8. Auflage, Berlin 1958
- Glaser Haftungsbeschränkungen in Ge-
schäftsbedingungen, in: NWB Stand
25. 1. 66, Fach 18 S. 431 ff.
- Godin, Reinhard Frh. v. Kommentar zum HGB, früher heraus-
gegeben von Mitgliedern des Reichs-
gerichts, 2. Aufl., Berlin 1963
- Großmann-Doerth, Hans Das Recht des Überseekaufs, in:
Überseestudien Heft 11, Band I,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1930
(Überseekauf)
- ders. Die Rechtsfolgen vertragswidriger
Andienung, in: Arbeiten zum Han-
dels-, Gewerbe- und Landwirt-
schaftsrecht, Nr. 74, Marburg 1934
(Vertragswidrige Andienung)

- Großmann-Doerth, Hans Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, in: Freiburger Universitätsreden Heft 10, Freiburg 1933 (Selbstgeschaffenes Recht)
- Haberkorn, Kurt Zum Wirksamwerden allgemeiner Lieferbedingungen, in: MDR 61, S. 818 ff.
- Hase, Horst Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie, Borna Bez. Leipzig 1938
- Haupt, Günter Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 105, Leipzig 1937
- ders. Vertragsfreiheit und Gesetz, in: ZAkDR 1943, S. 84 ff.
- Haus, Rudolf Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessentengruppen, in: Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 35, Bonn 1936
- Hecht, Ariel Entwicklungstendenzen im Privatrecht Israels, in: RabZ 29. Jahrg. (1965), S. 302 ff.
- Hedemann, Justus Wilhelm Deutsches Wirtschaftsrecht, 2. erweiterte Aufl., Berlin 1943
- Heidland, Odilo Die Praxis der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen, Stuttgart 1929
- Helm, Johann Georg Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, in: JuS 65, S. 121 ff.
- Herschel, Wilhelm Der Ersatz des indirekten Schadens, Ein Beitrag zur Frage der industriellen Lieferbedingungen, Teil II, in: DR 40, 1451 ff.
- ders. Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, in: DR 42, S. 753 ff.
- Herzog, Bertold Quantitative Teilnichtigkeit, Diss. jur. Göttingen 1926

- Hildebrand, Wolfgang Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JR 55, S. 325 ff.
- Hildebrandt, Heinz Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: AcP 143, S. 326 ff.
- Hug, Walther "Betrachtungen zur Auslegung von Verbandssatzungen, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Tarifverträgen", Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung 1967, zitiert in dem Bericht über die Tagung von Richardi, AcP 168, S. 318 ff.
- Hurst, Werner Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden? Diss. jur. Köln 1958
- Isele, Hellmut Georg Grundprobleme der AGB, in: JuS 61, S. 308 ff.
- Kliege, Helmut Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln, Göttingen 1966
- Klinger, Karl Die Problematik der Einheitsbedingungen in der Industrie, in: DB 62, S. 1633
- Koch, Arwed Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932
- Koehler, Walter Allgemeine Verkaufsbedingungen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934
- Krause, Hermann Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, in: BB 55, S. 265 ff.
- ders. Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: BB 52, S. 996 ff.
- ders. Schweigen im Rechtsverkehr, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrechts, Nr. 67, Marburg 1933 (Schweigen)

- Kuchinke, Kurt Zur Problematik des Bestätigungs-
schreibens, in: JZ 65, S. 167
- Krüger, Herbert Staatliche Gesetzgebung und nicht-
staatliche Rechtsetzung, in: RdA
57, S. 201 ff.
- Lange, Heinrich BGB, Allgemeiner Teil, 9. Aufl.,
München-Berlin 1967
- ders. Vom alten zum neuen Schuldrecht,
Hamburg 1934 (Vom alten zum neuen
Schuldrecht)
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, München 1967
(Larenz AT)
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, Band I,
Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Mün-
chen-Berlin 1967
- ders. Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, Berlin-Göttingen-Heidel-
berg 1960 (Larenz Methodenlehre)
- ders. Kennzeichen geglückter Rechts-
fortbildungen, in: Schriftenreihe
der Juristischen Studiengesell-
schaft/64, Karlsruhe 1965
- Laufke, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz,
in: Festschrift für Heinr. Lehmann
1956 Band I S. 145 ff.
- Lehmann, Heinrich Anmerkung zum Urteil BGHZ 18,
212 ff. in: JZ 56, S. 175
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs, 16. unveränderte Auf-
lage, Berlin 1966
- Leo, M. Die Exporteurbedingungen, in: ZBH
1926, S. 117 ff.
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag, in: Schriften
des Instituts für Wirtschaftsrecht
an der Universität Köln, Band 9,
München-Berlin 1959 (Kartellver-
trag)
- ders. Gedanken zur Begrenzung des In-
halts Allgemeiner Geschäftsbedin-
gungen, in: Festschrift für Alfred
Hueck zum 70. Geburtstag 1959, S.
459 ff., München-Berlin 1959
(Festschrift)

- Lukes, Rudolf Grundprobleme der AGB, in: JuS 61, S. 301 ff.
- ders. § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 63, S. 1897 ff.
- Manigk, Alfred Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939 (Manigk Verhalten)
- ders. Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung, in: JhJb Bd. 75 (1925), S. 127 ff.
- Meeske, Helmut Die Mängelrüge, Heidelberg 1965
- ders. Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: BB 59, S. 857 ff.
- Meier-Hayoz, Arthur Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, n.F. Band 151, Aarau 1948
- Meyer-Ladewig, Jens Über soziale Gerechtigkeit in unserer Rechtsordnung, in: MDR 63, S. 724 ff.
- Michel, Ulrich Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, in: Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, Heft 8, Tübingen 1932
- Möller, Hans Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen und die dazugehörigen verschiedenen Versicherungsregelungen, in: BB 62, S. 394 ff.
- Mroch, Karl-Egbert Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
- Müllereisert, F. A. Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932
- ders. Freie Allgemeine Geschäfts- und Lieferbedingungen als subjektives Fallrecht - für verbindlich erklärte oder "angeordnete" ALB und AGB als objektives Recht, in: DGWR 42, S. 111 ff.

- Naendrup, Peter-Hubert Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1966
- Nastelski, Karl Zulässigkeit und Wirkung von AGB, in: DRiZ 55, S. 212
- Nipperdey, Hans Carl Besprechung von Herzog a.a.O. (s.o.), in: JW 29, S. 570
- Oertmann, Paul BGB, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
- Pagenstecher, Max Sittenwidrige Lieferbedingungen, 2. Aufl., Marburg 1944
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 26. neu bearbeitete Auflage, München-Berlin 1967
- Pawlowski, Hans-Martin Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966
- Pohle, Rudolf Anmerkung zum Urteil BGHZ 18, S. 212, in: MDR 56, S. 216
- Preyer Gerichtsstandsvereinbarungen, in: BB 51, S. 597
- Radbruch-Zweigert Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl., Stuttgart 1964
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg v.d.H. 1935
- ders. Anmerkung zum Urteil des KG West (SJZ 50 Sp. 666) in: SJZ 50, Sp. 669
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Band I, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
- Ritter, Carl Kommentar zum HGB, 2. Aufl., München-Berlin 1932
- Rosenstock, Eugen Vom Industrierecht, Berlin-Breslau 1926
- Ruth, Rudolf Besprechung von Herzog a.a.O. (s.o.), in: AcP 1928, S. 234 ff.

- Sandrock, Otto Subjektive und objektive Gestaltungs-kräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, in: AcP 159, S. 481 ff.
- Schlegelberger HGB, 4. überarbeitete und ergänzte Aufl., 3. Band, bearbeitet von Hefermehl, Berlin und Frankfurt 1965
- Schlegelberger-Vogels Erläuterungswerk zum BGB und zum neuen Volksrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin 1939
- Schmidt-Salzer, Joachim Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formulkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge, in: NJW 67, S. 373 ff.
- ders. Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, in: Schriftenreihe zum Wirtschaftsrecht, Bd. 4, Berlin 1967
- ders. Geschäftsschreiben als Geltungsgrundlage Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: BB 68, S. 68 ff.
- Schneider, Dieter Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, in: NJW 54, S. 133
- Schneider, W. Schweigen im Handelsverkehr, in: BB 51, S. 742
- Schreiber, Rupert Die rechtliche Beurteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 67, S. 1441
- Schumann, Hans Handelsrecht, Wiesbaden 1954
- Sebba Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, in: Deutscher Anwaltsverein, Druckschriften Nr. 33, Heft 3, Leipzig 1931
- Söllner, Alfred Besprechung von Bötticher "Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht", in: AcP 164, S. 378 ff.
- Soergel-Siebert BGB, 10. Aufl., Band I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967

- Sommer, Karl Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen, in: RWP-Blattei, Bürg. Recht, D, Geschäftsbedingungen, Stuttgart, Loseblatt, Stand 30. 6. 67
- Stahl, Hans Widerspruch zwischen Lieferungs- und Einkaufsbedingungen, in: DB 56, S. 681
- Staudinger, J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. neubearbeitete Aufl., Berlin 1957
- Tengelmann, Curt Widerstreit der Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, in: DB 68, S. 205 ff.
- Thamm, Manfred Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Bestätigungsschreiben hinsichtlich Geschäftsbedingungen, in: BB 64, S. 910
- Verhandlungen des 41. DJT Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentags Berlin 1955, Band II (Sitzungsberichte), Tübingen 1956
- Volkmar Wandlung der Aufgaben des Richters und Erweiterung des Gebietes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: ZAkDR 37, S. 634
- Weber, Wilhelm Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Sonderausgabe aus Staudingers Kommentar zum BGB, Band II, Teil 1 a, Berlin 1967
- ders. Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 68, S. 1 ff.
- Wendt Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, in: AcP 92, S. 1 ff.
- Westermann, Harry Objektivierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in objektives Recht, in: NJW 63, S. 1586 f.
- Zoepke, Kurt Kollision von Geschäftsbedingungen, in: DB 48, S. 345 f.
- ders. Nochmals: Kollision von Geschäftsbedingungen, in: DB 48, S. 410

Abkürzungen

A.A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg. Ans.	allgemeine Ansicht
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Baumb.-	Baumbach
BB	Betriebsberater
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsge- richts
BVerwG	Entscheidungen des Bundesverwaltungsge- richts
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag

DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EB	Einkaufsbedingungen
Einf.	Einführung
Enn.-	Enneccerus
Fn.	Fußnote
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HEZ	Höchststrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KVO	Kraftverkehrsordnung
l.	links
LDR	Lexikon des Rechts
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
N.	Note

Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
OLG	Oberlandesgericht
Pal.-	Palandt
r.	rechts
RabZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
Rdzf	Randziffer
RG	Reichsgericht
RGKR	Reichsgerichtsrätekommmentar (BGB)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RWP-Blattei	Blattei-Handbuch "Rechts- und Wirtschafts-praxis"
SavZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Schleg.-	Schlegelberger
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
Staud.-	Staudinger
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
VB	Verkaufsbedingungen
Verh	Verhandlungen
VersR	Versicherungsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Weitere, allgemein gebräuchliche Abkürzungen sind aus ihrem jeweiligen Zusammenhang verständlich.

A. Einleitung

§ 1 Einführung

I. Ursprung und Begriff der AGB ¹⁾

Unser Vertragsrecht wird wesentlich bestimmt von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. "Vertragsfreiheit" bedeutet dabei im wesentlichen ein Zweifaches: Einmal, daß jeder mit dem Abschluß von Einzelrechtsgeschäften überhaupt am Rechtsverkehr teilnehmen kann (Abschlußfreiheit); zum anderen, daß jeder grundsätzlich seine Einzelrechtsgeschäfte inhaltlich so ausgestalten darf, wie es seinen persönlichen Bedürfnissen am besten entspricht (Gestaltungsfreiheit) ²⁾. BGB und HGB gehen von diesem Prinzip aus, ohne es ausdrücklich zu erwähnen. Die Weimarer Reichsverfassung hatte es in Art. 152 I besonders garantiert. Im Grundgesetz fehlt zwar eine entsprechende Vorschrift; Rechtsprechung und Literatur stehen jedoch nahezu einhellig auf dem Standpunkt, daß die Vertragsfreiheit auch von unserer derzeitigen Verfassung gewährleistet werde ³⁾.

BGB und HGB tragen diesem Prinzip dadurch Rechnung, daß sie in der Hauptsache Vorschriften bereithalten, die dispositiver, nicht-zwingender Natur sind, und daher von den Vertragsparteien ganz nach ihrem persönlichen Bedürfnissen abgeändert oder auch ausgeschlossen werden können. Den Schöpfern dieses Rechts schwebte dabei das Idealbild zweier gleichgestellter Partner vor, die "im freien Spiel der Kräfte" (Adam Smith)

1) Vgl. zum Folgenden vor allem Raiser S. 16 ff und Weber N. 1-6, 13 ff.

2) Über weitere Ausprägungen ("Typenfreiheit", "Lösungsfreiheit" u.ä.) vgl. Enn.-Nipperdey § 163 V mit N. 18 (S. 1005).

3) Aus der Rechtsprechung: BVerfG 8, 274, 328, BVerwG 1, 321, 323, 4, 332, 336, BAG 1, 258, 268, 270. Aus der Literatur vgl. Enn.-Nipperdey § 15 N. 77 (S. 99), Flume § 1/10 (S. 17 ff) und besonders ausführlich Laufke S. 145 ff mit ausführlichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung, auch über abweichende Ansichten.

durch Diskussion und beiderseitiges Nachgeben einen Ausgleich ihrer widerstreitenden Interessen suchen und auf diese Weise den Inhalt ihrer Einzelrechtsgeschäfte gemeinsam aushandeln⁴⁾.

Dieses Ideal gleichstarker Partner, die auf gleicher Grundlage in ihren Verträgen Punkt für Punkt gemeinsam regeln, entspricht - wenn es überhaupt jemals in der Praxis größere Bedeutung erlangt hat⁵⁾ - auf weiten Gebieten jedenfalls heute nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen. Schon vor Inkrafttreten des BGB hat sich eine fühlbare Einschränkung der Vertragsfreiheit in ihrer Ausprägung als Gestaltungsfreiheit vollzogen. Bei der raschen technischen Entwicklung vor allem im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts nahm auch das Rechtsleben bald neue Formen an⁶⁾. Massenproduktion, -fabrikation und -verkehr erzwangen eine weitgehende Rationalisierung, Normierung und Typisierung auch im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch "allgemeine", d.h. vom konkreten Vertrag losgelöste, von einer der Vertragsparteien im voraus aufgestellte "Geschäftsbedingungen" ("AGB").

Obwohl diese besondere Form der inhaltlichen Ausgestaltung von Einzelrechtsgeschäften seit langem bekannt ist⁷⁾, ist sie im geltenden Vertragsrecht des BGB und HGB nicht erwähnt. Auch da, wo neuere Gesetze AGB ausdrücklich erwähnen (z.B. § 2 GWB), wird der Begriff nicht definiert. Dementsprechend besteht auch heute noch nicht restlos Klarheit über den Begriff der AGB.

Die Rechtsprechung hat eine solche Definition bisher nicht vorgenommen. Sie beschränkt sich darauf, das äußere Erscheinungsbild der AGB recht allgemein als "fertig bereitliegende

4) Vgl. Raiser S. 17, Meeske BB 59 S. 857.

5) Zweifelnd v. Brunn S. 6 ff, Flume Privatautonomie S. 184, Pawlowski S. 230/231 mit Fn. 178.

6) Weber N. 3; dort und bei Raiser S. 18 f und 26 ff auch ausführlich über die geschichtliche Entwicklung der AGB.

7) Erste höchstrichterliche Stellungnahme zu AGB in RGZ 13, 68, 76 (Urteil vom 8. 12. 1883).

Rechtsordnung", "allgemein festgelegte Vertragsgrundlage" u.ä. zu beschreiben ⁸⁾).

Auch der überwiegende Teil der Literatur zum Recht der AGB setzt den Begriff offenbar als bekannt voraus ⁹⁾. Wo Definitionen versucht werden, sind es vor allem drei Merkmale, die besonders herausgestellt werden:

- (1) Es muß sich um Bestimmungen handeln, die für typische Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art generell aufgestellt werden.
- (2) In ihnen muß der Inhalt später abzuschließender Einzelrechtsgeschäfte in abstrakten Sätzen vorformuliert sein.
- (3) Sie müssen von mindestens einem der Vertragspartner dieser künftigen Einzelrechtsgeschäfte (oder seinen Interessenvertretern) im voraus aufgestellt sein ¹⁰⁾.

Diese Kriterien dürften in der Tat ausreichen, die AGB von den sonstigen Vertragsinhalten hinreichend deutlich abzugrenzen ¹¹⁾. Vor allem werden damit auch solche Bestimmungen er-

8) RG Dr 41, 1210, 1212, BGHZ 1, 83, 86, 3, 200, 203, 6, 145, 147, 17, 1, 2, OLG Hamm BB 64, 1061.

9) Vgl. aus neuerer Zeit z.B. Flume § 37 (S. 669 ff), Naendrup S. 15 f.

10) Lukes Festschrift S. 459 Fn. 2, ebenso schon Raiser S. 19.

11) Wie Raiser und Lukes auch Droste unter III, Enn.-Nipperdey § 163 VI (S. 1005/1006), Erman-Hefermehl III 1 vor § 145, Soergel-Lange 83 vor § 145. Ähnlich auch schon Hildebrandt AcP 143, S. 327 ff, der zusätzlich verlangt, daß der Aufsteller "den Wunsch nach grundsätzlich einheitlicher Auslegung der Geschäftsbedingungen ... zu erkennen" geben soll. Ähnlich auch schon Haus S. 4 und heute noch Blomeyer § 18 2 b (S. 79), J.v.Gierke S. 25 f, Nastelski DRiZ 55, S. 212, Schleg.-Hefermehl § 346, 70, Schumann S. 29 und Weber N. 13 mit weiteren Angaben. Dieses Kriterium wird jedoch schon vom ersten der genannten Merkmale erfaßt. Es dürfte selbstverständlich sein, daß ein Unternehmer, der einmal generelle Bestimmungen für ständig wiederkehrende Rechtsgeschäfte aufstellt, sie auch stets einheitlich angewendet und ausgelegt wissen will, da ihm sonst die Vorteile der AGB-Verwendung verloren gehen würden. Ganz abgelehnt wird dies subjektive Erfordernis neuerdings von Schmidt-Salzer NJW 67, S. 373 ff, 375, 377.

faßt, die von mehreren Unternehmern oder von Interessenverbänden aufgestellt oder auch unter Mitwirkung der zukünftigen Einzelrechtsgeschäftspartner, bzw. deren Interessenverbänden, oder sogar unter Mitarbeit staatlicher Stellen erarbeitet werden. Bei allen diesen atypischen Vorgängen handelt es sich nach dieser Definition lediglich um modifizierte Erscheinungsformen desselben Grundsachverhalts ¹²⁾.

Eine Mindermeinung will dagegen unter "Allgemeinen" Geschäftsbedingungen nur solche Bestimmungen verstehen, die nicht nur ein Kaufmann seinen Geschäften zugrundelegt, sondern die darüber hinaus in einem größeren Umfang von mehreren Unternehmern oder einer ganzen Branche ¹³⁾, möglichst auch in einem örtlich größeren Wirtschaftsgebiet ¹⁴⁾, angewendet werden.

Eine solche Einschränkung des Merkmals "allgemein" auf "allgemeinüblich" entspricht jedoch weder dem üblichen Sprachgebrauch, noch ist sie sachlich geboten, da beide Formen von Geschäftsbedingungen in den gleichen Erscheinungsformen mit den gleichen Ansprüchen an die Vertragspartner auftreten und auch tatsächlich und rechtlich die gleichen Wirkungen hervorrufen. Mit der weit überwiegenden Ansicht wird man daher das Merkmal "allgemein" nur als Gegensatz zu den "besonderen" Bedingungen ("Individualabreden") verstehen dürfen, die von den Parteien anlässlich eines konkreten Einzelrechtsgeschäfts individuell ausgehandelt werden ¹⁵⁾.

12) Lukes JuS 61, S. 301.

13) So schon Hedemann § 33 I (S. 297) und in jüngerer Zeit auch Clauss MDR 59, 165.

14) Clauss S. 166 verlangt mit Rücksicht auf die Revisibilität der AGB (dazu unten § 2 II. 2) eine Anwendung der AGB über den Bezirk eines OLG hinaus.

15) Bierling WuW 59, 718, Enn.-Nipperdey § 163 VI 1 (S. 1007), Ewald WRP 59, 133, J.v.Gierke S. 25, 26, Larenz § 8 IV S. 94, Lukes Festschrift S. 459 Fn. 2, Schumann S. 29, Stoldt in Verh. 41. DJT II E 15, Weber N. 15.

Eine andere Mindermeinung will nur solche Bedingungen als Allgemeine "Geschäfts-"bedingungen bezeichnen, die einen bestimmten quantitativen Umfang aufweisen und "unabhängig vom einzelnen Geschäftsabschluß ein umfangreiches Normenwerk für alle etwaigen ... Einzelrechtsgeschäfte" darstellen ¹⁶⁾.

Auch dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da ein sachlicher Grund für eine solche Unterscheidung nicht ersichtlich ist ¹⁷⁾. Begrifflich liegen AGB schon dann vor, wenn ein Geschäftspartner im voraus für alle künftigen Einzelrechtsgeschäfte auch nur eine einzige Bestimmung, z.B. über den Gerichtsstand, trifft ¹⁸⁾.

Wenig sinnvoll erscheint es auch, zwischen "AGB" und "Formularen" zu unterscheiden, weil letztere nur Erklärungen des "Kunden" enthielten und nur ihn verpflichteten ¹⁹⁾. Schon diese Begründung ist nicht stichhaltig: Auch bei "Formularen" bringt der Urheber zum Ausdruck, daß es sich um Regeln handelt, die er aufgestellt und materiell gestaltet hat, mögen sie auch formell als Erklärungen des Kunden erscheinen. Zudem begründen auch Geschäfte, die auf der Basis von "Formularen" geschlossen werden, Rechte und Pflichten für beide Vertragspartner ²⁰⁾.

Darüber hinaus ist nicht einzusehen, was eine solche Unterscheidung sachlich leisten könnte: Wenn "Formulare" die o.a. typischen AGB-Merkmale aufweisen, müssen sie auch wie AGB behandelt werden. Fehlt ihnen eins dieser Merkmale, dann kann es gleichgültig sein, wie man sie bezeichnet. AGB-Regeln kön-

16) v.Brunn S. 20 f, der als Oberbegriff den Terminus "Formularbedingungen" vorschlägt. Ähnlich will neuerdings auch Schmidt-Salzer einzelne Klauseln nicht als AGB gelten lassen (S. 29 und 33 mit Fn. 27).

17) Vgl. Lukes a.a.O., Weber N. 17.

18) Vgl. auch Flume § 33/6 (S. 610), Michel S. 21, Raiser S. 223 und LG Hamburg, Urteil vom 24. 5. 51, zit. bei Preyer BB 51, 597

19) v.Godin § 346 Anm. 17 b.

20) Vgl. Lukes Festschrift S. 459 Fn. 2.

nen auf sie jedenfalls nicht angewendet werden. Für eine Unterscheidung von AGB und "Formularen" besteht daher kein Bedürfnis.

Mit der h.M. können AGB daher definiert werden ²¹⁾ als "Bestimmungen, die von einem Vertragspartner oder seinen Interessenvertretern generell für typische Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art im voraus aufgestellt werden und den Inhalt späterer Einzelrechtsgeschäfte bilden sollen".

II. Motive für die Verwendung von AGB

Die Aufstellung und Verwendung von AGB hat für den jeweiligen Vertragspartner eine Fülle tatsächlicher und rechtlicher Vorteile, von denen hier die wichtigsten kurz genannt seien ²²⁾.

1. Wie erwähnt, erfordert der zunehmende Massenverkehr eine weitgehende Vereinfachung auch der Vertragsabschlüsse durch Standardisierung und Typisierung. Dieser Zweck läßt sich durch die Verwendung von AGB "in einer bei den heutigen Erfahrungen und Erkenntnissen denkbar günstigen Weise" ²³⁾ erreichen:

Aufgrund der in den AGB bereits vorformulierten Vertragsinhalte kann bei Vertragsverhandlungen Zeit gespart werden. Ein Unternehmer, der AGB verwendet, kann sich weitgehend auf die für das jeweilige Einzelrechtsgeschäft wesentlichsten Fragen beschränken, bei Kaufverträgen z.B. auf Ware, Preis und Lieferzeit ²⁴⁾. Die Korrespondenz vereinfacht sich, die Geschäftsabwicklung (Expeditions-, Debitorenkontrolle u.ä.) wird erleichtert ²⁵⁾. Alles dies kann nicht unerheblich zur

21) In Anlehnung an die Formulierungen von Lukes, Festschrift a.a.O.

22) Ausführlicher über diese Vorzüge: v.Brunn S. 27 ff, Hildebrandt AcP 143, 326 ff, Lukes Festschrift S. 459, 461 und JuS 61, 302, Mroch S. 2, Raiser S. 20 ff, Schleg.-Hefermehl § 346, 70, Weber N. 28 ff mit weiteren Angaben.

23) Weber N. 29.

24) Lukes JuS 61, S. 302, Weber N. 30.

25) Kliege S. 18, siehe auch v.Brunn S. 30 f.

Kostensenkung beitragen und so die Rentabilität des jeweiligen Unternehmens verbessern²⁶⁾.

2. Der Abschluß aller künftigen Einzelrechtsgeschäfte zu jeweils gleichen AGB kann daneben die Kalkulation erleichtern. Die Vereinheitlichung der Bedingungen vereinheitlicht auch die Risiken und macht sie dadurch kalkulierbarer²⁷⁾.

3. Mit Hilfe sorgfältig durchdachter AGB kann ein Unternehmer rechtlichen Streitfragen, Unsicherheiten über Handelsbräuche u.ä. aus dem Wege gehen und sich so ein relativ "sicheres Recht" verschaffen. Das zeigt sich insbesondere auf gesetzlich nicht geregelten Gebieten, die der Unternehmer durch AGB sozusagen selbst "kodifizieren" kann. Unzureichende oder veraltete gesetzliche Regelungen kann er dadurch den industriellen und wirtschaftlichen Gegebenheiten seiner Branche anpassen²⁸⁾, vorausgesetzt natürlich, daß diese gesetzlichen Vorschriften abdingbar sind. Der mit AGB geschlossene Vertrag kann so im Idealfall zum "Inbegriff ersparter Prozesse"²⁹⁾ werden.

4. Mit den beiden zuletzt genannten Vorteilen für den Unternehmer hängt ein weiterer eng zusammen:

Wer AGB verwendet, kann mit ihnen seine oft ohnehin schon vorhandene wirtschaftliche Machtstellung noch erheblich verstärken. Die Abdingbarkeit vieler gesetzlicher Vorschriften ermöglicht es ihm, nahezu jedes Risiko auf seinen Vertragspartner abzuwälzen. Ihm kommt dabei zugute, daß er in aller

26) Vgl. dazu im einzelnen: Weber N. 28 und 29 mit Literatur in N. 28 und ausführlich (auch über die Grenzen dieses Rationalisierungsarguments) Kliege S. 17 f mit weiteren Angaben in Fn. 1 und 2.

27) Vgl. v.Brunn S. 34 ff, der diese Seite der AGB besonders betont; zustimmend: Fischer BB 57, 481 und Hedemann § 33 I (S. 297). Kliege weist darauf hin, daß dieser Vorteil der AGB in bestimmten Branchen, z.B. der Versicherungswirtschaft, sogar Leistungsvoraussetzung sein kann (S. 18 f). Vgl. dazu auch Erman-Hefermehl III 1 vor § 145, Weber N. 33 und Mitteilung des BDI in BB 64, S. 853.

28) Raiser S. 20/21, ähnlich Erman-Hefermehl III 5 vor § 145, Lukes JuS 61, S. 302 und Mroch S. 2.

29) Rosenstock S. 147.

Regel "nicht mit offenem Visier" ³⁰⁾ zu kämpfen braucht: Die Aufstellung der AGB erfolgt meist ohne Beteiligung der Vertragspartner, da sie nicht nur von unerfahrenen Kunden, sondern auch von geschäftsgewohnten Kaufleuten erfahrungsgemäß unbesehen hingenommen werden ³¹⁾. Diese Anonymität verleitet den Unternehmer nur allzuleicht dazu, die ihm dadurch gegebene Macht auszunutzen und seine Position ohne Rücksicht auf die Belange seiner künftigen Kontrahenten zu verbessern. Neben dem Rationalisierungsgedanken dürfte diese Möglichkeit der Machtverstärkung sicherlich einer der wichtigsten Beweggründe für die Aufstellung und Verwendung von AGB sein ³²⁾, auch wenn gelegentlich versucht wird, die Bedeutung dieses Motivs unter Hinweis auf den "König Kunden" herunterzuspielen ³³⁾.

30) Raiser S. 21.

31) Raiser a.a.O.

32) Zu diesem Motiv und die daraus erwachsenden Gefahren vgl. aus der Fülle der Literatur nur Lukes Festschrift S. 460 ff, Mroch S. 2-4 mit Beispielen, Raiser S. 21 und Weber N. 43 ff mit erschöpfenden weiteren Angaben.

33) So insbesondere immer wieder v.Brunn: Formularbedingungen S. 33 f, AcP 159, 547 ff, Verwaltungspraxis S. 20 mit Fn. 35 und im Streitgespräch des 41. DJT, Verhandlungen E 16 ff. Vorsichtig dagegen Hildebrandt AcP 143, S. 327: "Das Streben nach Machterweiterung ... liegt ... nicht ausnahmslos allen Geschäftsbedingungen zugrunde". Dem Argument, "Ihrer Majestät, dem Kunden" (v.Brunn AcP 159, 553) komme der Unternehmer in der Praxis "bis an die Grenzen des Möglichen entgegen" (a.a.O. S. 548 Fn. 6), ist mit Recht entgegengehalten worden, daß es allenfalls für die rein ökonomischen Dispositionen des Unternehmers gelten kann, nicht aber für die durch die AGB gestalteten Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Kunden (Weber N. 47).

Wie die Praxis in dieser Beziehung wirklich aussieht, zeigen z.B. die berühmt-berüchtigten "Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern", aufgestellt vom Zentralverband des Deutschen Kraftfahrzeughandels und -gewerbes e.V. Frankfurt/Main. Sie dürften v.Brunn als dem Geschäftsführer des Verbandes der Deutschen Automobilindustrie nicht unbekannt sein. Ihr Inhalt ist im wesentlichen wiedergegeben in der Entscheidung des LG Berlin in NJW 66, 1818 f. Mit Recht hat das LG dazu festgestellt, "unverhüllt" trete hier "die Selbstsucht derer" zu Tage, "die glauben, auf Grund ihres bündnismäßigen Zusammenschlusses und der daraus folgenden

III. Widersprechende AGB beider Vertragspartner

1. Ursachen für die Entstehung des Problems

Die mit der Verwendung von AGB erreichbaren Vorteile sind so offenkundig, daß AGB heute praktisch von jedem größeren Industrieunternehmen im Großhandel und Dienstleistungsgewerbe und sogar von Einzelhändlern, Kleingewerbetreibenden und Handwerkern ihren Einzelrechtsgeschäften zu Grunde gelegt werden³⁴⁾. Je mehr Unternehmer jedoch AGB benutzen, um so häufiger kommt es vor, daß beide Parteien eines Einzelrechtsgeschäfts eigene AGB haben, z.B. ein Verkäufer Verkaufs-, ein Käufer Einkaufsbedingungen³⁵⁾.

Diese Bedingungen sind - nicht zuletzt wegen des Machtverstärkungs-Strebens der Aufsteller³⁶⁾ - notwendig voneinander

wirtschaftlichen Machtstellung solche Vertragsinhalte ihren Kunden aufzwingen zu können". Es hat diese Bedingungen für grob unbillig und damit nichtig erklärt. Ebenso: LG Tübingen NJW 64, 1798, LG Wuppertal MDR 65, 657, Franz NJW 66, 2342 f, Lüpke BB 56, 609 und 57, 169. Pessimistisch über die Auswirkungen solcher Urteile auf die Praxis dieser AGB: Hildebrandt JR 55, 326. Ausführliche Nachweise über weitere Literatur und Rechtsprechung zur Frage der Sittenwidrigkeit speziell dieser AGB bei Weber N. 101 ff, insbes. N. 104.

34) Über die Verbreitung von AGB vgl. die noch heute aktuelle Darstellung bei Raiser S. 29 ff und aus neuerer Zeit die ausführlichen Angaben bei Weber N. 63-174.

35) Ob die Verwendung von Einkaufsbedingungen, wie v.Brunn meint (S. 51), zurückgeht, läßt sich ohne eine längere Beobachtung der Entwicklung nicht feststellen. Tatsache ist allerdings, daß in allen Branchen die Verkaufs- oder Lieferbedingungen die Einkaufsbedingungen weit überwiegen. Von den im Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster gesammelten AGB aller Wirtschaftszweige sind z.B. 851 Verkaufs-, aber nur 83 Einkaufsbedingungen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Empfehlung des BDI, Einkaufsbedingungen nur bei besonderem Bedürfnis aufzustellen, grundsätzlich aber Lieferbedingungen zu akzeptieren, da der Lieferant die Preise auf Grund seiner AGB kalkuliere (BB 64,853).

36) Wie sehr die Widersprüche gerade auf diesem Motiv beruhen, zeigt sich am deutlichsten, wenn man Verkaufs- und Einkaufsbedingungen desselben Unternehmers betrachtet. Dabei treten meist Widersprüche zu Tage, die sich jedenfalls durch die unterschiedliche Marktstellung allein nicht erklären lassen. Die im folgenden unter Zf. 2 angeführten Beispiele über Zahlung, Lieferzeit und Beanstandungen sind z.B. wörtlich den Verkaufs- und Einkaufsbedingungen einer einzigen Firma entnommen. Vgl. zu diesen Erscheinungen auch Klinger BB 62,1633.

verschieden. Beiderseits ausgebildete, d.h. nicht auf einzelne Klauseln beschränkte AGB widersprechen sich daher meist in allen Einzelpunkten.

2. Beispiele

Von der unterschiedlichen Regelung des Erfüllungsorts und Gerichtsstands, bei denen jede Partei natürlich ihren Sitz benennt, bis zur Regelung über die Kosten von Versicherung und Verpackung der Ware gibt es praktisch keinen Punkt, in denen sich diese Bedingungen nicht widersprechen können. Die größten Unterschiede entstehen dabei üblicherweise bei der Frage der Zahlungsmodalitäten und der Ansprüche bei Verzug und Sachmängeln.

Aus Original-Bedingungen ³⁷⁾ seien z.B. genannt ³⁸⁾:

Zahlung:

Verkaufsbedingungen: "Die Zahlung hat, wenn nichts anderes vereinbart, am 15. des der Lieferung folgenden Monats in bar, ohne jeden Abzug, zu erfolgen".

Einkaufsbedingungen: "Unsere Zahlungen erfolgen am Ende des der Lieferung folgenden Monats mit 2 % Skonto oder 3 Monate nach diesem Zeitpunkt netto".

Lieferzeit:

Verkaufsbedingungen: "Die zugesagte Lieferzeit gilt nur annähernd und ist unverbindlich ... In keinem Fall hat der Käufer wegen Nichteinhaltung der Lieferzeit das Recht, Schadensersatz oder Verzugsstrafen von uns zu beanspruchen. Auch hat

37) Wörtliche Zitate einzelner AGB und statistische Angaben beruhen, sofern nicht ausdrücklich andere Quellen angegeben werden, auf einer umfangreichen Sammlung originaler AGB aller Wirtschaftszweige (934 Einzelformulare), die beim Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster angelegt wurde. Da den einsendenden Firmen Anonymität zugesichert wurde, werden wörtliche Zitate nur mit allgemein gehaltenen Herkunftsbezeichnungen (Industriezweig, regionaler Sitz) und der Katalognummer der Sammlung belegt.

38) Verkaufs- und Einkaufsbedingungen eines westfälischen Federnwerks E h 24 und E h E 3; siehe auch oben Fn. 36.

er nicht das Recht, aus diesem Grunde vom Vertrag zurückzutreten".

Einkaufsbedingungen: "Bei Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferzeit sind wir berechtigt, eine Verzugsstrafe von 2 % des Gesamtrechnungsbetrages für jede angefangene Woche Verspätung in Abzug zu bringen (§ 341 Abs. 3 BGB ist ausgeschlossen)".

Beanstandungen:

Verkaufsbedingungen: "Beanstandungen betreffend Gewicht, Stückzahl und Güte der gelieferten Ware werden nur dann berücksichtigt, wenn sie spätestens innerhalb 10 Tagen nach Empfang der Ware schriftlich bei uns eingehen. Das gilt auch in dem Fall, wo das Gesetz eine spätere Beanstandung für zulässig erklärt".

Einkaufsbedingungen: "Zu sofortiger Rüge oder überhaupt zur Einhaltung irgendeiner Frist sind wir nicht verpflichtet".

Es versteht sich nach diesen Beispielen schon beinahe von selbst, daß die Verkäufer bei nachgewiesenen berechtigten Beanstandungen allenfalls Ersatz der fehlerhaften Stücke leisten wollen, während sich die Käufer Wandlung, Minderung und Schadensersatzansprüche vorbehalten.

Gegnerischen AGB wird oft ausdrücklich widersprochen. Da die Rechtsprechung die Wirkung solcher Klauseln u.a. nach der Intensität und der Reihenfolge dieser Widersprüche bemißt³⁹⁾, fallen sie entsprechend wortreich aus⁴⁰⁾. In einzelnen Fällen führt das sogar soweit, daß man eigenen Handlungen die Wirkung fremder Willenserklärungen zu geben versucht. So formuliert beispielsweise ein Papierwerk:

"Sollte ein Besteller ein Angebot unter Zugrundelegung eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen unterbreiten, die von diesen AGB in irgendeinem Punkte abweichen, so bedeutet die Annahme des Auftrags durch uns den Verzicht des Bestellers

39) Dazu unten §§ 5 und 7.

40) Beispiele unten § 7 III 1 b.

auf die seinem Angebot beigelegten Bedingungen und seine Unterwerfung unter unsere AGB" ⁴¹⁾.

3. Problematik

In allen diesen Fällen vereinfachen AGB die Rechtslage nicht mehr, sondern komplizieren sie. Prozesse werden nicht vermieden, sondern geradezu heraufbeschworen, weil jede Partei auf die Geltung ihrer AGB vertraut. Insoweit ähneln AGB wirklich "dem Alkohol, der mäßig genossen förderlich, im Übermaß aber störend wirkt" ⁴²⁾.

Die Problematik liegt dabei hauptsächlich in den Fragen, ob unter solchen Umständen überhaupt Einzelrechtsgeschäfte zustandekommen können, und welchen Inhalt sie gegebenenfalls haben, insbesondere, welche AGB Vertragsinhalt werden. Obwohl diese Probleme seit langem bekannt sind ⁴³⁾, besteht über ihre Lösung in Rechtsprechung und Lehre noch immer keine Einheit. Noch heute werden nahezu alle denkbaren Lösungen vertreten, von der völligen Nichtigkeit solcher Einzelrechtsgeschäfte über die Teilnichtigkeit nur der sich widersprechenden oder die Nichtigkeit aller AGB, bis zur Gültigkeit des Vertrages bei Wirksamkeit aller AGB nur einer Partei ⁴⁴⁾.

IV. Gang der Untersuchung

1. Aufbau

Im folgenden soll im 1. Teil der Arbeit untersucht werden, wie das Problem einander widersprechender AGB bisher gelöst wurde, ob die dabei beschrittenen Wege gangbar und ob die jeweils erzielten Ergebnisse tragbar sind.

41) Zitiert bei Kliege S. 20.

42) Isele JuS 61, S. 308 nach einem Wort von Langen.

43) Vgl. die Klagen, die schon 1927 in der Wirtschaft erhoben wurden: Enquête-Ausschuß I, 3, 2, 1. Abschn. S. 61 ff und 2. Abschn. S. 27.

44) Siehe dazu die Darstellung unten §§ 5 und 6.

Das bedingt zunächst eine kurze Übersicht über die diesen Lösungsversuchen gemeinsam zugrundeliegenden Anschauungen über Rechtsnatur und Geltungsgrund der AGB (1. Abschnitt). Der Darstellung der bisher vertretenen Ansichten im 2. Abschnitt folgt dann im 3. Abschnitt ihre kritische Würdigung.

Im 2. Teil der Arbeit soll dann unter Verwertung der bis dahin gewonnenen Erkenntnissen versucht werden, eine eigene Lösung zu entwickeln.

2. Ausgangsfall

Zur besseren Veranschaulichung soll bei den folgenden Darlegungen von einer praktischen Fallgestaltung ausgegangen werden, die auch den bisher vertretenen Ansichten als Ausgangspunkt für die Lösung des Problems dient:

Ein Käufer E bestellt unter Bezugnahme auf seine beigelegten Einkaufsbedingungen (EB) bestimmte Waren zu einem bestimmten Preis bei einem Verkäufer V. Dieser nimmt den Auftrag an, bezieht sich dabei aber seinerseits auf seine ebenfalls beigelegten, den Einkaufsbedingungen in verschiedenen Punkten widersprechenden Verkaufsbedingungen (VB). Ohne zu klären, welche AGB eigentlich gelten, erfüllen beide Parteien den Vertrag. Erst dann kommt es zu Streitigkeiten über einen Punkt, den beide Parteien in ihren AGB abweichend geregelt haben (z.B. Mängelhaftung).

Im Laufe der Untersuchung wird dieses Modell, soweit erforderlich, abgewandelt werden.

3. Terminologie

Die gerade im Recht der AGB noch immer unterschiedliche Terminologie erfordert auch hierzu eine Klarstellung:

Unter "Verweisung" soll im folgenden nur die (im Modellfall in den Vertragserklärungen Angebot und Annahme enthaltene) Bezugnahme auf die eigenen AGB verstanden werden. Wo von

"Unterwerfung" die Rede ist, ist die Anerkennung fremder AGB gemeint ⁴⁵⁾.

Der Ausdruck "AGB" wird, wie üblich, als Oberbegriff für alle speziellen Geschäftsbedingungen (Verkaufs-, Lieferungs-, Einkaufs-, Zahlungsbedingungen usw.) verwendet. Als "Besondere Bedingungen" oder "Individualabreden" werden alle Inhalte der Vertragserklärungen, bzw. der jeweiligen Einzelrechtsgeschäfte bezeichnet, die nicht AGB sind, sondern von den Parteien individuell ausgehandelt werden.

B. Hauptteil

Erster Teil: Die bisherigen Lösungsversuche

1. Abschnitt: Grundlagen

§ 2 Rechtsnatur der AGB

I. Grundsatz: Rechtsgeschäftliches Produkt

Alle bisher vorgenommenen Versuche, das Problem einander widersprechender AGB zu lösen, gehen ausdrücklich oder stillschweigend von dem heute wieder allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß AGB als Bestandteile zukünftiger Einzelrechtsgeschäfte wie alle anderen Geschäftsinhalte rechtsgeschäftliche Natur besitzen ¹⁾.

In den vierziger Jahren hatte man im Anschluß an die bekannte Formulierung des Reichsgerichts von der "Unterwerfung"

45) Zur Terminologie gerade hinsichtlich dieser Begriffe Verweisung und Unterwerfung vgl. ausführlicher: Raiser S. 151 ff und Weber N. 237.

1) Vgl. z.B. Baumb.-Duden Einf. Buch III 3 A, Enn.-Nipperdey § 163 VI 1 (S. 1007/1008), Flume § 37/1 (S. 670), Krause BB 52, 996, 998; 55, 265, Lukes Festschrift S. 476 f und JuS 61, 304, Möller BB 62, 395, Raiser S. 147 ff mit Nachweisen aus dem älteren Schrifttum, Schleg.-Hefermehl § 346, 72, Soergel-Lange 86 vor § 145, Staud.-Coing 24 a vor § 145 und Weber N. 175 ff mit weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung. Aus letzterer vgl. insbes. BGHZ 17, 1,

unter eine "fertig bereitliegende Rechtsordnung" ²⁾ diesen rechtsgeschäftlichen Charakter der AGB z.T. geleugnet und sie als objektives "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" ³⁾ charakterisiert, das gleichberechtigt neben dem staatlich gesetzten Recht stehen sollte ⁴⁾.

Diese Ansicht wird heute allgemein abgelehnt ⁵⁾. Man erkennt zwar an, daß AGB in Form, Auftreten und Wirkung staatlich gesetzten Rechtsnormen ähneln ⁶⁾, da sie in generell-abstrakten Regelungen ein vorgestelltes Verhalten (Annahme durch den Einzelrechtsgeschäftspartner) umschreiben, das mit dem Imperativ seiner Verwirklichung verbunden ist ⁷⁾. Da für ihre dogmatische Einordnung jedoch nur die beiden Kategorien Rechtssatz und Rechtsgeschäft bereitstanden, mußte man sie trotz ihrer rechtssatz-ähnlichen Erscheinungsform notgedrungen den rechtsgeschäftlichen Produkten zuordnen, da den Un-

2) RG Dr 41, 1210, 1212. Man kann wohl annehmen, daß das RG selbst mit dieser etwas unglücklichen Formulierung die AGB nicht als echte Rechtsnormen qualifizieren wollte, vgl. schon Müllereisert DGWR 42, 113. Dazu auch Naendrup S. 32/33 mit Fn. 6.

3) Ausdruck von Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht S. 5.

4) So insbesondere Eilles DGWR 41, 121 ff und ZZP Bd. 62 (1941) S. 3/4 und Herschel DR 42, 753 ff; s. auch Bernhardt DR 42, 1171 und Kersting DR 41, 1215. Ähnlich schon vorher Großmann-Doerth Überseekauf S. 71 und Selbstgeschaffenes Recht S. 4 (siehe aber dort auch S. 5) und Hedemann § 33 II (S. 300). Ähnlich auch noch lange Pal.-Dankelmann (bis zur 20. Auflage 1961) unter § 276, 5 b und § 157, 5 a. Weitere Nachweise bei Weber N. 186/187.

5) Vgl. die Angaben oben Fn. 1, Naendrup S. 32/33 mit Fn. 6 und Weber N. 186/187.

6) Vgl. Enn.-Nipperdey § 163 VI 1 (S. 1007), Naendrup S. 32/33 und 59 ff, Raiser S. 59 und Weber N. 189. Bekanntestes Beispiel für gesetzesähnliche AGB: Die Allgemeinen Deutschen Speditionsbedingungen, die sogar ausführlich kommentiert werden, z.B. von Krien-Hay, ADSP 2. Aufl. Berlin 1959, 773 Seiten.

7) Lukes Festschrift S. 476 mit Fn. 70.

ternehmern, die AGB aufstellen, die Rechtssetzungsbefugnis fehlt⁸⁾. Diese steht verfassungsrechtlich allein dem Staat zu, der sie allenfalls delegieren kann. Eine solche Delegation liegt bisher nicht vor⁹⁾; sie dürfte nach dem derzeit geltenden Recht auch verfassungsrechtlich nicht möglich sein.

Auch als Gewohnheitsrecht können AGB heute noch nicht angesehen werden (obwohl sie es theoretisch werden könnten), da es dafür regelmäßig an dem erforderlichen Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft ("opinio necessitatis") fehlt¹⁰⁾.

II. Besonderheiten gegenüber "gewöhnlichen" Vertragsinhalten

Trotz dieser Einordnung der AGB in den rechtsgeschäftlichen Bereich sollen sie jedoch nach durchaus h.M. in mancher Hinsicht anders als "normale" Inhalte von Einzelrechtsgeschäften behandelt werden.

1. Auslegung

Sind AGB einmal zum Inhalt eines Einzelrechtsgeschäfts geworden¹¹⁾, dann müßten sie als rechtsgeschäftliche Produkte übereinstimmender Willenserklärungen eigentlich nach normalen Vertragsregeln (§§ 133, 157 BGB) ausgelegt werden. Daran versucht man zwar grundsätzlich festzuhalten¹²⁾; im Ergebnis weicht man davon jedoch nicht unerheblich ab. Auch wenn nicht immer von "gesetzesähnlicher" Auslegung gesprochen wird¹³⁾,

8) So die allgemeine Begründung. Vgl. statt vieler: Lukes Kartellvertrag S. 13 und 205, Festschrift S. 477, Schleg.-Hefermehl § 346, 72; Staud.-Coing 24 a vor § 145, Weber N. 193 jew. mit weiteren Nachw. Über weitere Argumente gegen diese Lehre, insbes. über die fehlende Gerechtigkeitsgewähr vgl. Lukes Festschrift S. 476 f.

9) Über sog. "gesetzlich privilegierte AGB" vgl. Weber N. 211 ff.

10) Erman-Hefermehl III 3 b vor § 145, Naendrup S. 33/34, Weber N. 198.

11) Zum Geltungsgrund siehe sogleich unter § 3.

12) Vgl. v. Godin § 346 Anm. 17 d (S. 64 f).

13) Gegen diese "gesetzesähnliche" Auslegung insbes. v. Godin a.a.O. S. 56 ff, vgl. auch Weber N. 311 und Brandner AcP 162, 237 ff, 238 mit Fn. 4.

ist man sich doch darüber einig, daß es wegen der abstrakt-generellen, normähnlichen Ausgestaltung der AGB bei der Auslegung nicht auf die individuellen Belange der jeweiligen Vertragspartner ankommt. Nach nahezu einhelliger Ansicht ist allein von Bedeutung, welchen Sinn die AGB nach ihrem objektiven Inhalt, ohne das Zufällige des Einzelfalls für jeden haben, der sich ihnen unterwerfen muß ¹⁴⁾.

Dabei haben sich im Laufe der Entwicklung vor allem zwei Auslegungsregeln herauskristallisiert: AGB sollen streng und eng ¹⁵⁾ und bei Unklarheiten im Zweifel gegen den Aufsteller ¹⁶⁾ ausgelegt werden.

2. Revisibilität

Dieses Bestreben, AGB möglichst einheitlich auszulegen, wird prozeßrechtlich dadurch abgesichert, daß AGB trotz ihres Rechtsgeschäfts-Charakters entgegen § 549 ZPO revisibel sein sollen ¹⁷⁾. Eine Einschränkung erfolgt nur insoweit, als die jeweils zu überprüfenden AGB über den Bereich eines OLG-Bereichs hinaus angewendet werden müssen, wobei es gleichgültig ist, ob ein Unternehmer über diese räumliche Begrenzung hin-

14) Vgl. Weber a.a.O. mit erschöpfenden Nachweisen. A.A. neuerdings wie der Brandner a.a.O. S. 255 Hug, Zivilrechtslehrertagung 1967 (vgl. dazu den Bericht von Richardi AcP 168, S. 318-323) und Schmidt-Salzer, S. 159 ff, 165 ff.

15) Baumb.-Duden Einf. Buch III 3 B, Erman-Erman § 276 6 d aa und Erman-Westermann § 133, 9, Meeske BB 59, S. 860, Schleg.-Hefermehl § 346, 94, Weber N. 321, dort auch ausführlich über die Rechtsprechung. Einschränkend Enn.-Nipperdey § 206 II (S. 1260) mit Fn. 21 mit weiteren Angaben und Schmidt-Salzer S. 214 mit Angaben in Fn. 14.

16) Sog. "Unklarheitenregel", nicht unbestritten, aber h.M. Vgl. die ausführlichen Nachweise bei Schmidt-Salzer S. 199 Fn. 55 und Weber N. 324. Dort unter N. 326 auch über die Gefahren dieser Regel.

17) Erste Entscheidung schon in RGZ 81, S. 117, 119; heute allg. Ansicht vgl. statt aller Weber N. 313 ff mit ausf. Nachweisen. Zu den dogmatischen Grundlagen vgl. Hildebrandt AcP 143, 343 ("Durchbruch der 'rechtssoziologischen' gegenüber der 'rechtsdogmatischen' Betrachtung") und Schmidt-Salzer S. 214 ff.

stillschweigend übergangen ²⁹⁾, für unanwendbar gehalten ³⁰⁾ oder aus subjektiven oder objektiven Erwägungen für widerlegt angesehen ^{31) 32)}.

§ 3 Geltungsgrund der AGB

I. Grundsatz: Rechtsgeschäftliche Vereinbarung

Aus der dogmatischen Einordnung der AGB in den rechtsgeschäftlichen Bereich folgt, daß es grundsätzlich auch einer rechtsgeschäftlichen Übernahme in die Einzelrechtsgeschäfte bedarf, wenn sie zu deren Inhalt werden sollen.

Auch dazu vertraten die Vertreter der Rechtsnormentheorie z.T. andere Ansichten. Sie versuchten mit einem sogenannten "Unterwerfungsgeschäft" eine eigene Kategorie zwischen Rechtsatz und Rechtsgeschäft zu bilden und die Geltung der AGB - von ihrem Ausgangspunkt eigentlich systemwidrig - darauf zurückzuführen ¹⁾. Dieses Unterwerfungsgeschäft sollte eine Vereinbarung besonderer Natur sein, mit der sich die Beteiligten in eine bestehende Rechtsordnung, ein Spezialgesetz, hineinbegäben, das dadurch jedoch nicht Vertragsbestandteil

29) So vor allem die st. Rechtsprechung des RG und des BGH. Typisch BGHZ 22, 90, 92: "Das RG ist in ständiger Rechtsprechung stillschweigend (!) davon ausgegangen, daß im allgemeinen die Nichtigkeit von einzelnen Bestimmungen von allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht die Annahme rechtfertigt, daß damit nach § 139 BGB der ganze Vertrag nichtig ist ... (an) dieser Auffassung ... ist ... regelmäßig festzuhalten". Für Gesamtnichtigkeit eines (Formular-)Vertrags bei einer Vielzahl sittenwidriger Bedingungen neuerdings BGH NJW 69 S. 230 ff.

30) So schon Raiser S. 323. Nähere Angaben unten bei § 16.

31) Vgl. v. Brunn S. 114 ff mit Nachweisen in Fn. 35, Enn.-Nipperdey § 202 2 b (S. 1220), Pagenstecher S. 19 ff, 21, Staud.-Coing § 139 RdzF. 13 unter 5 b. Weitere Nachweise zu Fn. 29-31 bei Weber N. 359 ff und NJW 68 S. 7 f.

32) Ausführlicher zum Problem der Teilnichtigkeit und § 139 BGB im Recht der AGB unten § 16.

1) So insbesondere Eilles und Herschel (oben § 2 Fn. 4).

Den Maßstab für eine solche Inhaltskontrolle sieht man in der dispositiven Rechtsordnung ²³⁾, der Begrenztheit der Privatautonomie ²⁴⁾, dem Sozialstaatsprinzip oder Treu und Glauben (§ 242 BGB) ²⁵⁾ und neuerdings immer mehr auch in den Gedanken der §§ 315 ff BGB ²⁶⁾. Das Ziel ist in allen Fällen das Gleiche: Allzu einseitige Belastungen des "Kunden", insbesondere durch Abänderung und Ausschließung dispositiven Rechts sollen auf diesem Weg für nichtig erklärt werden können. An die Stelle der dann unwirksamen AGB sollen wieder die gerechteren Vorschriften des dispositiven Rechts treten ²⁷⁾.

4. Auswirkung nichtiger AGB

Sind AGB aus diesen oder anderen ²⁸⁾ Gründen unwirksam, so berührt das nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich weder den Bestand der restlichen Bedingungen, noch wirkt sich die Nichtigkeit auf das Gesamtgeschäft aus, dessen Inhalt sie einmal werden sollten. Die für normale Rechtsgeschäftsinhalte geltende Gesamtnichtigkeitsvermutung des § 139 BGB wird

23) So insbes. Raiser S. 293 ff, s. auch v.Godin § 346 Anm. 17 d (S. 63/64), Haupt a.a.O. S. 84 ff und Weber N. 336 mit Nachweisen auch aus der Rechtsprechung. Dagegen vor allem Flume § 37/2 (S. 670 f).

24) Lukes Festschrift S. 479 ff.

25) So vor allem Krause BB 55, S. 268 f und ihm folgend: Hildebrand JR 55, 326, Laufke a.a.O. S. 186, Mroch S. 40; s. auch BAG 1, 128, 133/134. Für § 242 insbes. BGHZ 22, 90, 97.

26) Larenz § 8 IV (S. 96 f) und ihm folgend: Flume § 37/2 (S. 671), Hefermehl bei Erman III 5 vor § 145 und bei Schlegelberger § 346, 101, Lukes JuS 61, 308 und NJW 63, 1897 ff. BGHZ 38, 183, 186. Weitere Nachweise bei Weber N. 340.

27) Vgl. Flume a.a.O. S. 671 f.

28) Z.B. wegen Dissenses bei widersprechenden AGB. Über die Tendenz, die betroffenen Einzelrechtsgeschäfte auch in diesen Fällen aufrecht zu erhalten, siehe unten § 4 II.

stillschweigend übergangen ²⁹⁾, für unanwendbar gehalten ³⁰⁾ oder aus subjektiven oder objektiven Erwägungen für widerlegt angesehen ³¹⁾ ³²⁾.

§ 3 Geltungsgrund der AGB

I. Grundsatz: Rechtsgeschäftliche Vereinbarung

Aus der dogmatischen Einordnung der AGB in den rechtsgeschäftlichen Bereich folgt, daß es grundsätzlich auch einer rechtsgeschäftlichen Übernahme in die Einzelrechtsgeschäfte bedarf, wenn sie zu deren Inhalt werden sollen.

Auch dazu vertraten die Vertreter der Rechtsnormentheorie z.T. andere Ansichten. Sie versuchten mit einem sogenannten "Unterwerfungsgeschäft" eine eigene Kategorie zwischen Rechtsatz und Rechtsgeschäft zu bilden und die Geltung der AGB - von ihrem Ausgangspunkt eigentlich systemwidrig - darauf zurückzuführen ¹⁾. Dieses Unterwerfungsgeschäft sollte eine Vereinbarung besonderer Natur sein, mit der sich die Beteiligten in eine bestehende Rechtsordnung, ein Spezialgesetz, hineinbegäben, das dadurch jedoch nicht Vertragsbestandteil

- 29) So vor allem die st. Rechtsprechung des RG und des BGH. Typisch BGHZ 22, 90, 92: "Das RG ist in ständiger Rechtsprechung stillschweigend (!) davon ausgegangen, daß im allgemeinen die Nichtigkeit von einzelnen Bestimmungen von allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht die Annahme rechtfertigt, daß damit nach § 139 BGB der ganze Vertrag nichtig ist ... (an) dieser Auffassung ... ist ... regelmäßig festzuhalten". Für Gesamtnichtigkeit eines (Formular-)Vertrags bei einer Vielzahl sittenwidriger Bedingungen neuerdings BGH NJW 69 S. 230 ff.
- 30) So schon Raiser S. 323. Nähere Angaben unten bei § 16.
- 31) Vgl. v. Brunn S. 114 ff mit Nachweisen in Fn. 35, Enn.-Nipperdey § 202 2 b (S. 1220), Pagenstecher S. 19 ff, 21, Staud.-Coing § 139 RdzF. 13 unter 5 b. Weitere Nachweise zu Fn. 29-31 bei Weber N. 359 ff und NJW 68 S. 7 f.
- 32) Ausführlicher zum Problem der Teilnichtigkeit und § 139 BGB im Recht der AGB unten § 16.
- 1) So insbesondere Filles und Herschel (oben § 2 Fn. 4).

werden, sondern ausschließlich ein abstraktes Gefüge normativer Sätze bleiben sollte ²⁾.

Auch dies wird heute allgemein abgelehnt ³⁾. AGB, die nicht in echten gesetzlichen Vorschriften niedergelegt ⁴⁾ oder durch Gesetze für allgemein verbindlich erklärt worden sind ⁵⁾, müssen nach allgemeiner Ansicht rechtsgeschäftlich vereinbart werden, um Geltung für ein Einzelrechtsgeschäft zu erlangen ⁶⁾.

II. Besonderheiten gegenüber gewöhnlichen Willenserklärungen

Während insoweit heute über den Grundsatz Einigkeit besteht, ist doch im einzelnen noch vieles umstritten und unklar.

1. Terminologie

Streitig ist bereits, wie die Vereinbarung von AGB am besten bezeichnet werden soll. Neben "Übernahme", "Parteisanktion" und "Bezugnahme" wird sie überwiegend als "Verweisung" ⁷⁾ oder "Unterwerfung" ⁸⁾ bezeichnet ⁹⁾. Letzteres hat

2) Herschel DR 42, 755 f. Recht ähnlich in neuerer Zeit Helm JuS 65, 125, 126.

3) Vgl. statt aller Weber N. 186-190 mit Nachweisen.

4) Beispiele: Eisenbahntarife, KVO (dazu Weber N. 215), AGB der autonomen Körperschaften des öffentlichen Rechts (z.B. der Gemeinden), die kraft Rechtsetzungsbefugnis aufgestellt werden.

5) Vgl. dazu v.Brunn S. 25-27 mit Fn. 7-10 und Weber N. 217-225. Die meisten Allgemeinverbindlichkeitserklärungen sind in den Kriegsjahren 1939-1945 erfolgt und heute hinfällig; vgl. Isele JuS 61, 309 und v.Godin § 346 Anm. 17 d (S. 66, 67).

6) Vgl. die Zitate oben § 2 Fn. 4. Ausführliche Nachweise bei Weber N. 227.

7) So überwiegend die Literatur im Anschluß an Raiser S. 151, der diesen Ausdruck der Terminologie des internationalen Privatrechts entnommen hat (a.a.O. Fn. 3): vgl. z.B. Blomeyer § 18 III 2 b (S. 78), Enn.-Nipperdey § 163 VI 2 (S. 1008 f), v.Godin § 346 Anm. 17 (S. 52), Staud.-Coing 24 b vor § 145.

8) So überwiegend die Rechtsprechung im Anschluß an die o.a. Entscheidung der RG in DR 41, 1210: vgl. aus neuerer Zeit z.B. BGHZ 2, 176, 183; 3, 200, 203; 6, 145; 147; 9, 1, 3; 12, 136, 142; 18, 98, 99; 33, 216, 219.

9) Ausführliche Nachweise bei Weber N. 237.

den Vorzug, daß damit zumindest der soziologische Tatbestand am treffendsten gekennzeichnet wird: Denn wer mit einem AGB-verwendenden Unternehmer Einzelrechtsgeschäfte abschließen will, hat in aller Regel nur die Wahl, die AGB als ganzes zu akzeptieren oder auf den Vertragsschluß zu verzichten. Abändern oder gar ausschließen kann er sie in den seltensten Fällen ¹⁰⁾.

Wenn dieser Streit auch nur ein Streit um Worte und damit letztlich von geringer Bedeutung ist ¹¹⁾, so ist er doch bezeichnend für die Unsicherheit, die der Vereinbarung von AGB überhaupt entgegengebracht wird.

2. Anforderungen an die AGB-Vereinbarung

Weitgehend ungeklärt ist nämlich auch, welche Anforderungen an diese Vereinbarung gestellt werden müssen.

Einig ist man sich nur darüber, daß es zu dieser Vereinbarung der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Willenserklärungen beider ¹²⁾ Parteien bedarf, daß die AGB Vertragsinhalt werden sollen ¹³⁾. Gegenüber "normalen" Willenserklärungen weisen diese jedoch bemerkenswerte Besonderheiten auf.

a) Soweit beide Parteien ausdrücklich erklären, daß die AGB eines Partners Inhalt des konkreten Einzelrechtsgeschäfts werden sollen, gilt noch nichts besonderes.

10) Enn.-Nipperdey a.a.O. S. 1008, der den Terminus "Unterwerfung" jedoch nachdrücklich ablehnt.

11) Mit Recht wird er von Raiser S. 151 Fn. 3 und Naendrup S. 70 in den terminologischen Bereich verwiesen. Zu der hier verwendeten Terminologie siehe oben § 1 IV, 3.

12) Daß auch der AGB-verwendende Unternehmer eine entsprechende Willenserklärung abgeben muß, wird meist nicht ausdrücklich erwähnt. Vgl. dazu Weber N. 240.

13) Vgl. insbes. Enn.-Nipperdey § 163 VI 2 (S. 1009) ("normale rechtsgeschäftliche Vertragsannahme"), Fikentscher BB 61, 299, Hildebrand JR 55, 327, Raiser SJZ 50, Sp. 669, Schleg.-Hefermehl § 346, 76, Söllner AcP 164, 380, Weber N. 237 ff.

b) Verhältnismäßig unkompliziert ist auch der Fall, daß eine Partei über die Geltung von AGB schweigt, obwohl die andere vor oder bei Vertragsschluß ¹⁴⁾ ausdrücklich auf ihre AGB verwiesen hatte. Nach der allgemeinen Regel von der Empfänger-Auslegung stellt dieses Verhalten eine "schlüssige Willenserklärung" dar, daß die AGB gelten sollen ¹⁵⁾.

c) Schwieriger wird es schon, wenn auch der Unternehmer beim Vertragsschluß nicht ausdrücklich auf seine AGB verweist. In diesem Fall muß auch aus dem Verhalten des Unternehmers für den Kunden klar ersichtlich sein, daß der Unternehmer nur zu seinen AGB abschließen will, d.h. das Verhalten beider Parteien muß "schlüssig" sein. Anhaltspunkte für eine solche Auslegung sind z.B. darin gesehen worden, daß bestimmte Geschäftszweige üblicherweise AGB aufstellen und verwenden ¹⁶⁾, daß zwischen den Parteien schon häufig Einzelrechtsgeschäfte mit AGB abgeschlossen wurden ¹⁷⁾, daß beide Parteien Interessenverbänden angehören, die gemeinsame AGB ausgearbeitet haben ¹⁸⁾, oder daß im Geschäftslokal des Unternehmers deutlich sichtbare Anschläge angebracht sind, die auf die Geltung

14) Nachträgliche Verweisungen, wie sie z.B. immer wieder auf Rechnungen auftauchen, können an den einmal ohne AGB geschlossenen Einzelrechtsgeschäft nichts ändern. Vgl. statt aller Weber N. 265 mit Nachweisen. S. aber auch hier Fn. 17).

15) Näheres dazu unten § 7 II 1.

16) Z.B. Banken, Versicherungen. Dazu Weber N. 251 mit ausf. Nachweisen. Weber hebt aber zutreffend hervor, daß in diesen Fällen oft kein Fall beiderseits schlüssiger Willenserklärungen vorliegt, sondern ein Fall der Vertragsergänzung (hier unter d). Ebenso Möller BB 62, 395.

17) "Längere Geschäftsverbindung" vgl. dazu Schleg.-Hefermehl § 346, 83, Staud.-Coing 24 I vor § 145, Weber N. 252 mit Rechtsprechung und weiterer Literatur. Nach BGHZ 42, 53 55/56 soll ein laufender Aufdruck auf Rechnungen früherer Geschäfte genügen, vgl. dazu schon Raiser S. 197 mit Fn. 3 und 4.

18) Vgl. dazu BGH DB 56, 937, Haus S. 56 f und Raiser S. 181/182.

der AGB hinweisen ¹⁹⁾, und der Kunde dieses wußte.

d) In den letztgenannten Fällen ist - zumindest auf der Seite des "Kunden" - das Willensmoment einer auf Einigung über die AGB gerichteten Willenserklärung kaum noch faßbar ²⁰⁾. Schon hier zeigt es sich, daß an diese auf die Geltung der AGB gerichteten Willenserklärungen geringere Anforderungen gestellt werden als an "normale" Willenserklärungen.

Rechtsprechung und Schrifttum sind aber noch einen Schritt weiter gegangen:

In bestimmten Fällen sollen AGB auch dann Vertragsinhalt werden können, wenn der Kunde nicht wußte, daß der Unternehmer üblicherweise AGB verwendet, dies aber "hätte wissen müssen" ²¹⁾. Hier ist der Bereich "normaler" Willenserklärungen eindeutig verlassen. Von einer rechtsgeschäftlichen "Ver einbarung" durch Austausch zweier übereinstimmender Willenserklärungen kann hier keine Rede mehr sein. Zumindest die Willensbildung des Kunden "verflüchtigt sich zu einem mehr oder weniger freiwilligen, passiven Sicheinlassen auf ein in seinen Folgen nicht mehr übersehenes, als typisch begriffenes Lebensverhältnis" ²²⁾. Nicht ohne Grund kann man hier fragen,

19) Üblich z.B. in Garderoben und Verkehrsmitteln. Einzelheiten dazu bei Raiser S. 187 f und Weber N. 255.

20) Mroch S. 9.

21) Vgl. aus der Rechtsprechung, die allerdings diese Fälle nicht immer klar von denen der "stillschweigenden" Verweisung trennt (hier c): RG JW 31, 1958, 36, 2093, 37, 298, RGZ 103, 84, 86, 112, 253, 258. Aus der Rspr. des BGH vgl. besonders BGHZ 9, 1, 3, 6 und 17, 1, 3, s. auch BGHZ 3, 200, 203, 12, 136, 142, 18, 98, 99 und 212, 216. Dazu aus der Literatur: Baumb.-Duden Einf. Buch III 3 C 3, Enn.-Nipperdey § 163 VI 3 (S. 1009/1010), Flume § 37/1 (S. 668 f), Haus S. 11, 34 ff, Hefermehl bei Erman III 3 b, c, d vor § 145 und bei Schlegelberger § 346 84 ff, Hildebrand, JR 55, 327, Krause BB 55, 265 ff, Lukes JuS 61, 305, Meeske BB 59, 861 ff, 863, Möller BB 62, 395, Staud.-Coing 24 k vor § 145 und Weber N. 272 ff.

22) Mroch S. 10.

ob es sich hierbei überhaupt noch um Verträge im herkömmlichen Sinn handelt ²³⁾.

Eine auch nur teilweise anerkannte Begründung für diese inzwischen zur allgemeinen Praxis ²⁴⁾ gewordene Gleichstellung von fahrlässiger Unkenntnis und positiver Erklärung ist bisher nicht gefunden worden ²⁵⁾. Ungeklärt ist bisher auch, in welchen Fallgestaltungen dieser Geltungsgrund eintreten kann. Einig ist man sich praktisch nur darüber, daß die Kunden nicht in allen Fällen mit AGB rechnen müssen ²⁶⁾.

Auch über die konkreten Anforderungen, die an das "Wissen-müssen" zu stellen sind, herrscht noch viel Unsicherheit. Als Maßstab für die Anstrengungen des Kunden, sich die nötige Kenntnis zu verschaffen, wird meist die "Zumutbarkeit" genannt ²⁷⁾. Aber auch dafür gibt es allenfalls Anhaltspunkte ²⁸⁾, aber keine festen Maßstäbe, so daß sich diese ganze Entwicklung noch auf recht schwankendem Boden bewegt.

3. Inhalt der Vereinbarung

Weisen die AGB-Erklärungen somit schon im Geltungsgrund z.T. grundlegende Unterschiede zu "normalen" Willenserklärungen

23) Die Frage ist schon von Raiser aufgeworfen worden. Vgl. auch Lukes NJW 63, 1898 Fn. 22, Schreiber NJW 67, 1441 ff insbes. 1442, Weber N. 239.

24) a.A. neuerdings wieder Schreiber a.a.O.

25) Vgl. aus der Vielzahl der Versuche: "Normierende Verkehrssitte" (Raiser S. 153 ff, 161), "Verletzung einer Obliegenheit aus sozialem Kontakt" (Krause BB 55, 265 ff), "Imperativcharakter der AGB" (Lukes JuS 61, 305), "Analogie zu cic" (Meeske BB 59, 863), "Fingierter Vertrag" (Nastelski DRiZ 55, 212). Angesichts der herrschenden Praxis hält Flume (§ 37/1, S. 668 ff) eine Begründung überhaupt für entbehrlich. Nach seiner Ansicht genügt es, daß die Rechtsordnung für bestimmte Geschäftstypen anerkennt, daß AGB in Ergänzung der Individualabreden gelten. Vgl. auch Fikentscher BB 61, 299 Fn. 15 und Weber N. 284.

26) Vgl. Weber N. 282.

27) Vgl. Enn.-Nipperdey § 163 VI 2 aE (S. 1009), Hildebrandt AcP 143, S. 334, Raiser S. 162 ff, 164, Weber N. 286.

28) Vgl. Weber N. 287.

gen auf, so gilt ähnliches auch für ihren Inhalt: Anders als normale Willenserklärungen sollen sich AGB-Erklärungen stets darauf beziehen, daß die Bedingungen im ganzen gelten sollen. Mit der Vereinbarung sollen sie "en bloc" Vertragsinhalt werden. Die genaue Kenntnis der Beteiligten von ihrem Inhalt soll entbehrlich sein ²⁹⁾. Trotzdem soll aber der Inhalt der AGB auch für die Geltungsvereinbarung bedeutsam sein: Unklare, zweideutige, unbillige und ungewöhnliche Klauseln sollen von der Übernahme in den Einzelvertrag ausgenommen sein, da der "Zustimmungswille" des "sich Unterwerfenden" nach § 242 BGB nur auf solche AGB gerichtet sei, mit denen er billiger- und gerechterweise rechnen könne ³⁰⁾.

§ 4 Konsequenzen für das Problem einander widersprechender AGB

I. Verhältnis AGB-Vereinbarung - Individual-Erklärung

Wenn man alle diese Besonderheiten betrachtet, die die Vereinbarung von AGB gegenüber "normalen" Willenserklärungen, und die AGB selbst gegenüber "normalen" rechtsgeschäftlichen Erklärungsinhalten aufweisen, dann könnte man daran zweifeln, ob es sich bei den Erklärungen, die sich auf AGB beziehen, überhaupt noch um gewöhnliche Willenserklärungen handelt. Es liegt dann nahe, zu fragen, ob diese Erklärungen nicht eigenständige "Unterwerfungserklärungen" sind, die gegenüber ge-

29) Vgl. Ballerstedt JZ 56, 269 f, Enn.-Nipperdey a.a.O., Krause BB 55, S. 265, 266, Michel S. 1, Lukes JuS 61, S. 305, Raiser S. 152, 170, Weber N. 261, BGHZ 7, 187, 190 mit Nachweisen.

Begründung: "Eine Art von Totalerklärung" (Krause, Ballerstedt), "Allgemeine Bezugserklärung" (Lukes), "Risikoerklärung" (Raiser S. 170 nach einem Ausdruck Siegels).

30) Vgl. schon RGZ 103, 84, 86 und RG JW 31, 1958 und 36, 2093, BGHZ 17, 1, 3, 33, 216, 219, 38, 183, 185, BGH DB 64, 544 und 1808. Kritisch zu dieser weiteren Fiktion eines "Vorbehalts": Brandner AcP 162, 246, Lukes Festschrift S. 471 f, Meeske BB 59, S. 861, Mroch S. 12 ff, Weber N. 291 mit weiteren Nachweisen.

wöhnlichen Willenserklärungen in ihren Erfordernissen modifiziert sind, oder ob es sich vielleicht um Erklärungen handelt, die aus einer gewöhnlichen Willenserklärung (bezogen auf die individuellen Inhalte) und einer "Unterwerfungserklärung" (bezogen nur auf die AGB) zusammengesetzt sind ¹⁾.

Beides wird heute überwiegend abgelehnt. Eine dogmatische Selbständigkeit will man den AGB-enthaltenden Vertragserklärungen schon deswegen nicht zubilligen, weil man fürchtet, daß die Bildung solcher Sonderkategorien von Rechtsgeschäften "zu einer gefährlichen Zersplitterung der Privatrechtsdogmatik führen" könnte ²⁾.

Auch eine Aufteilung der Vertragserklärungen im o.a. Sinn wird von der h.M. abgelehnt, weil dies den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entspreche ³⁾. Funktionell bildeten Individual- und AGB-Erklärung jedenfalls eine Einheit ⁴⁾.

II. Mögliche Lösungen

Mit nur einer Ausnahme ⁵⁾ folgen Literatur und Rechtsprechung bei ihren Versuchen, das Problem einander widersprechender AGB zu lösen, dieser Ansicht von der Unteilbarkeit der Vertragserklärungen, freilich ohne sie ausdrücklich zu erwähnen. Von diesem Ausgangspunkt liegt die Hauptproblematik darin, daß nach unserem Vertragsrecht Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht wirksam zustandekommen, wenn nicht die

1) So fragt z.B. Lukes NJW 63, 1898 Fn. 22; vgl. auch Hecht RabZ 29, (1965) S. 327/328, Krüger RdA 57, 201, Larenz AT § 25 II c (S. 350).

2) Staud.-Coing 24 a vor § 145; s. auch v.Brunn S. 80 ff, Krause BB 55, 266 (ihm folgend Ballerstedt JZ 56, 269 und Hildebrandt JR 55, 327); Raiser S. 151/152, Schmidt-Salzer S. 123/124.

3) v.Brunn S. 80 ff, 81, 82, Droste unter III, Lukes Festschrift S. 486 und JuS 61, 305 (s. aber auch hier Fn. 1!), Pagenstecher S. 20 Fn. 3, Raiser S. 321 mit Fn. 1. a.A. besonders Krause BB 52, 996 ff und Müllereisert DGWR 42, 113.

4) Raiser a.a.O. Fn. 1, Lukes a.a.O.

5) Krause a.a.O., näheres dazu unten § 6 II 7 und § 8 III 3.

Vertragserklärungen beider Parteien in allen Einzelpunkten voll übereinstimmen (§§ 154/155 BGB).

Rechtsprechung und Literatur sind sich darüber einig, daß dieses Ergebnis bei einer befriedigenden Lösung des Problems einander widersprechender AGB unbedingt vermieden werden muß⁶⁾. Nach dem Weg, den die bisherigen Lösungsversuche zur Vermeidung dieses Ergebnisses einschlagen, und von dem auch die Beantwortung der Frage nach dem Vertragsinhalt entscheidend abhängt, lassen sich die bisher vertretenen Lösungen in zwei große Gruppen einteilen:

Eine Gruppe, vertreten vor allem von der Rechtsprechung des BGH, versucht über die §§ 150 II, 133, 242 BGB zu einer Einigung der Einzelrechtsgeschäftsparteien über die Geltung der AGB nur eines Partners zu gelangen. Sie soll daher im Folgenden als "Konsenslösung" bezeichnet werden. Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden bei dieser Methode nur die AGB einer Partei.

Die zweite Gruppe, zu der insbesondere das einschlägige Schrifttum gehört, versucht das Problem der Wirksamkeit des Einzelrechtsgeschäfts mit Hilfe der gesetzlichen Dissensvorschriften (§§ 154, 155 BGB) zu lösen, so daß man sie als "Dissenslösung" bezeichnen kann. Bei diesem Lösungsweg können zumindest die sich konkret widersprechenden Einzelklauseln, eventuell sogar alle AGB beider Parteien nicht Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden. Den Vertragsinhalt bilden dann nur die Individualabreden und eventuell die sich nicht widersprechenden AGB beider Parteien.

Innerhalb dieser Gruppen werden z.T. je nach Fallgestaltung auch beide Grundlösungen nebeneinander vertreten. Das

6) Vgl. aus der Literatur z.B. Raiser S. 223 wird aus der Rechtsprechung BGH LM 5 zu § 150 BGB: "Aus diesem Grund (fehlende Einigung) kann ... das Zustandekommen eines ...-vertrags ... nicht in Frage gestellt werden" (WM 57, 1065, insoweit in LM nicht abgedruckt). Grundsätzlich für Gesamtnichtigkeit der mit widersprechenden AGB geschlossenen Verträge: Heidland S. 139 ff, 140, 146; s. auch Hase S. 11, 26, 27.

Lösungsprinzip: Hier Einigung über die AGB einer Partei - dort Einigungsmangel hinsichtlich der AGB, bleibt aber stets gleich. Das ermöglicht es, im Folgenden den Weg beider Gruppen getrennt darzustellen. Methoden und Ergebnisse können auf diese Weise besser miteinander verglichen werden.

2. Abschnitt: Darstellung der bisher vertretenen Lösungen

§ 5 Die Ansicht der Rechtsprechung ("Konsenslösung")

Die Ansicht, bei einander widersprechenden AGB der Vertragspartner könne man über die Mechanik des § 150 II BGB zu einem Konsens der Parteien über die alleinige Geltung der AGB eines Partners kommen, ist vor allem in der höchststrichterlichen Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit ständig vertreten worden ¹⁾. Ein großer Teil des Schrifttums folgt ihr, meist ohne eigene Stellungnahme ²⁾.

I. Methode

Nach der "Konsens"-Lösung kommt ein Einzelrechtsgeschäft, das eine Partei der anderen unter Bezugnahme auf ihre AGB anträgt, nicht schon dadurch zustande, daß die andere Partei

- 1) Ältere Rechtsprechung bei Raiser S. 224 Fn. 1. In der neueren Rechtsprechung hat insbesondere der I. Senat des BGH diese Ansicht begründet und ausgebaut: Vgl. BGH BB 51, 456 und LM 2 und 3 zu § 150 BGB. Der II. und VII. Senat sind ihm gefolgt: BGHZ 7, 187, 190; 18, 212, 215 und LM 6 zu § 150 BGB. Der VIII. Senat hat sich dagegen in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung der Literatur angeschlossen: BGH LM 5 zu § 150 BGB; dazu näher unten §§ 6 und 8.
- 2) Vgl. Baumb.-Duen Einf. Buch III 3 C 2 (ab 15. Aufl.), Enn.-Nipperdey § 163 VI 3 (S. 1009) Fn. 30, Erman-Hefermehl § 150, 5, Glaser NWB Fach 18, S. 431/432, Pal.-Dankelmann Einf. vor § 145 6 b und § 150, 2, RGRK (Krüger-Nieland) § 150, 5, Schleg.-Hefermehl § 346 81, 88, Schmidt-Salzer S. 146 ff, 149/150 m. Fn. 107-109.
Ausführlicher unter Abwägung der Vor- und Nachteile der möglichen Lösungen nur Leo ZBH 26, 117 ff, 119/120.
Zwischen mehreren Lösungen schwankend (wie BGH): Bächle S. 35 ff, Bandasch § 346 12 c, Droste V c, v.Godin § 346 Anm. 16 h (S. 47) und Anh. zu § 361 Anm. 59 (S. 380), der aber sonst der Literatur folgt (s. § 346 Anm. 17 d (S. 65!)), Hase S. 11, Heidland S. 144/145, Köhler S. 25, Meeske Mängelrüge S. 203 (F I 3), Soergel-Lange 95 vor § 145 und Sommer unter IV., Tengelmann DB 68, 206 ff.

dies Angebot unter Verweisung auf ihre - widersprechende - AGB annimmt. Diese Erklärung der "annehmenden" Partei soll vielmehr wegen der Abweichung im AGB-Teil eine "veränderte Annahme" i.S. des § 150 II BGB und damit Ablehnung des ursprünglichen Angebots und neuer Antrag sein. Dieser muß wieder vom Erstantragenden angenommen werden, was nach Ansicht der "Konsens"-Lösung dadurch geschehen soll, daß der Erstantragende diese so modifizierte "Annahme" widerspruchslos hinnimmt und mit der Vertragserfüllung beginnt.

Das Einzelrechtsgeschäft kommt danach also nicht schon durch die "Annahme" des ersten Angebots, sondern erst durch Annahme des modifizierten Angebots zustande. Probleme aus dem unterschiedlichen Inhalt der beiderseitigen AGB können in diesem Zeitpunkt nicht mehr bestehen, da das gesamte Angebot des Erstantragenden durch den "neuen Antrag" (= Ablehnung des alten) erloschen und damit rechtlich nicht mehr existent ist.

II. Begründung

Dieser Ausgangspunkt der Konsenslösung läßt sich recht einfach begründen: Betrachtet man AGB-Verweisung und Individualerklärung als einheitliche Willenserklärung, dann muß man bei einer Annahme mit widersprechenden AGB notwendig zum Dissens kommen. Damit wird § 150 II BGB als der "Hauptfall eines Dissenses" ³⁾ anwendbar. Der Ausgangspunkt dieser Lösung liegt somit in der gesetzlichen Regelung über das Zustandekommen von Verträgen begründet.

Schwieriger ist dagegen die Begründung des folgenden Schritts: "Annahme des neuen Antrags", da hierfür eine gesetzliche Regelung fehlt. Die Rechtsprechung hatte zunächst versucht, dies mit § 346 HGB zu begründen, indem sie auf die "veränderte Annahme" die Grundsätze anwandte, die für kauf-

3) Lehmann-Hübner § 33 IV 1 (S. 246).

männische Bestätigungsschreiben gelten⁴⁾. "Nach fast 100jährigem kaufmännischen Gewohnheitsrecht"⁵⁾ gilt danach der Inhalt solcher Schreiben - auch bei Abweichungen vom vorher Vereinbarten! - als stillschweigend genehmigt, wenn der Empfänger ihm nicht unverzüglich widerspricht⁶⁾.

Grundsätzlich soll das jedoch nur für solche Schreiben gelten, die den Inhalt vorher bereits abgeschlossener Vereinbarungen, also fertige Verträge, "bestätigen". Nur ausnahmsweise kommt diese Wirkung auch solchen Schreiben zu, die endgültige Vertragsbedingungen festlegen, nachdem vorausgegangene Verhandlungen noch nicht zum Abschluß geführt haben⁷⁾. Auf einfache Annahmeerklärungen ohne vorausgegangene Verhandlungen waren diese Regeln bis dahin nicht angewendet worden. Man hielt vielmehr daran fest, daß im Gegensatz zum kanonischen Recht⁸⁾ im HGB und BGB Schweigen auf ein Angebot grundsätzlich als Ablehnung zu gelten habe.

Als in der Lehre diese Vermengung der Begriffe "Bestätigungsschreiben" und "Auftragsbestätigung" kritisiert wurde⁹⁾, schwenkte die Rechtsprechung zurück. Der BGH betonte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1955 und später¹⁰⁾ nach-

4) RG vom 5.7.29 (I 61/29), unveröff., zit. in BGH BB 51, 456, vgl. auch RG Warn 1919 Nr. 5 (S. 10 ff, 12), RGZ 103, 401, 405, OLG Stuttgart NJW 47/48, 383, BGH BB 51, 456. Ähnlich neuerdings auch Thamm BB 64, 911 und Schmidt-Salzer S. 146 ff, 148.

5) Krause BB 52, 996.

6) Zur Dogmatik grundlegend: Krause, Schweigen S. 125 ff. Neuere Darstellungen: Diederichsen JuS 66, 129 ff, Flume § 36 (S. 661 ff), Kuchinke JZ 65, 167 ff.

7) Vgl. Schon RGZ 57, 408, 410, RG Warn 1910 Nr. 233, 1911 Nr. 422 und 1922 Nr. 92 sowie BGHZ 7, 187, 189.

8) "qui tacet consentire videtur": Cap. 43 in Vito de RG 5, 12.

9) So schon Zoepke DB 48, 410 (Fußnote) und bes. Krause BB 52, 996.

10) BGHZ 18, 212 ff, bestätigt in DB 56, 474 und BB 61, 271; zustimmend Lehmann JZ 56, 176, Pohle MDR 56, 216. Die Literatur folgt dem BGH sonst meist ohne eigene Stellungnahme: Vgl. v. Godin § 346 Anm. 16 h, Pal.-Dankelmann § 150, 2 und § 148 2, RGRK (Krüger-Nieland) § 150 6 und § 157 38, Soergel-Lange § 145 37, Tengemann DB 68, S. 207 f und Weber N. 269. Nicht ganz klar Enn.-Nipperdey § 163 VI 2 (S. 1009).

drücklich die Notwendigkeit, zwischen diesen beiden Formen kaufmännischer Schreiben zu unterscheiden und stellte, vor allem mit Blick auf die Instanzgerichte, ausdrücklich fest, daß eine Ausdehnung der für Bestätigungsschreiben geltenden Grundsätze auf einfache Auftragsbestätigungen nicht zulässig sei ¹¹⁾.

Heute versucht die Rechtsprechung ihre Ansicht von der vertragsbegründenden Wirkung des Schweigens auf das "neue Angebot" mit der Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung zu begründen, ohne dies allerdings immer klar herauszustellen ¹²⁾. Wenn der Erstantragende dem "neuen Angebot" nicht widerspricht, sondern stillschweigend mit der Vertragserfüllung beginnt, dann soll dieses Verhalten entweder eine (echte) den AGB schlüssig zustimmende Willenserklärung sein, oder dem Erstantragenden doch wenigstens als (fiktive) Zustimmung zugerechnet werden ¹³⁾, da er nach "Treu und Glauben" zum Widerspruch verpflichtet sei, wenn er das neue Angebot nicht annehmen wolle ¹⁴⁾.

Im "Modellfall" beiderseits "einfacher" Verweisungen führt die Anwendung dieser Grundsätze damit regelmäßig dazu, daß die AGB des Letztverweisenden Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden.

Zum entgegengesetzten Ergebnis kommt die Konsenslösung mit ganz ähnlicher Begründung in einer der möglichen Varianten dieses Modells:

Es kommt häufig vor, daß eine Partei in ihren Geschäftsbedingungen den AGB ihres Partners von vornherein mehr oder weniger nachdrücklich widerspricht, indem sie etwa bestimmt,

11) Trotzdem verwendet der VII. Senat in LM 6 zu § 150 BGB beide Ausdrücke wieder synonym. Ebenso der VIII. Senat in DB 64, 258.

12) Ausnahme: BGH LM 6 zu § 150 BGB, klar insoweit auch Schmidt-Salzer S. 148 ff, mit Fn. 104.

13) Vgl. BGH LM 6 zu § 150 BGB.

14) BGH BB 51, 456.

abweichende Bedingungen sollten nur bei schriftlicher Anerkennung gelten ¹⁵⁾. Nimmt der Einzelvertragspartner ein derartiges Angebot nur mit einer "einfachen" Verweisung auf seine AGB an, ohne sich zu den Bedingungen des Antragenden näher zu äußern, dann soll sich die für den Modellfall geltende Regel umkehren: Wenn der Angebotsempfänger mit der Vertragserfüllung beginnt, sollen nun nicht seine AGB, sondern die des Antragenden Inhalt des - jetzt schon durch die erste Annahmeerklärung zustandekommenden - Einzelrechtsgeschäfts werden ¹⁶⁾.

Begründet wird dies wiederum mit "Treu und Glauben". Nach Ansicht der Rechtsprechung erfordern es diese Grundsätze, "daß der Empfänger einer Bestellung, wenn er von dem Vertragswillen des Bestellers abweichen will, dies in seiner Bestellungsannahme klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt" ¹⁷⁾. Dafür genüge es nicht, eine "starke" Verweisung mit einer "schwächeren" zu beantworten. Eine solche Annahmeerklärung könne trotz dieser Abänderung "nach Treu und Glauben als unbeschränkte Annahme aufgefaßt werden" ¹⁸⁾. Das Schweigen des Erstantragenden auf die Verweisung des Angebotsempfängers soll in diesen Fällen nicht Zustimmung zu dessen AGB sein. "Liefert dieser trotz des Schweigens des (erstantragenden) Bestellers, so ist der Vertrag zu dessen Bedingungen zustandekommen" ¹⁹⁾.

Eine Begründung, die über die Berufung auf Treu und Glauben hinausgeht, wird weder von der Rechtsprechung noch von der ihr folgenden Lehre gegeben.

15) Über Formen und Verbreitung solcher "starker" Verweisungen s. unten § 7 III 1 b mit Beispielen.

16) BGH LM 2 zu § 150 BGB und die oben Fn. 2 zit. Literatur.

17) BGH a.a.O.

18) BGH a.a.O. im Anschluß an zwei unveröffentlichte Entscheidungen des RG vom 4.6.1918 (II 1/18) und vom 6.2.1933 (IV 382/32).

19) BGH a.a.O.

III. Ergebnis

Die Konsenslösung kommt damit stets zu dem Ergebnis, daß außer den Individualabreden immer alle AGB nur einer Partei Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden. Die Bedingungen der andern fallen ersatzlos fort.

Welche Partei mit ihren AGB durchdringt, richtet sich bei gleichstarken Verweisungen nach der zeitlichen Reihenfolge: Es entscheidet "das Prinzip des letzten Worts" ²⁰⁾. Bei verschieden starken Verweisungen setzen sich die AGB der Partei durch, die am nachdrücklichsten auf die Geltung ihrer Bedingungen verwiesen hatte.

Mit weiteren Varianten des "Modellfalls" (z.B. ein- oder beiderseitige "stillschweigende Verweisung" ²¹⁾ oder fehlende Vertragserfüllung) hat sich die Konsenslösung bisher nicht beschäftigt ²²⁾.

§ 6 Die in der Literatur vertretenen Lösungen ("Dissenslösungen")

Soweit sich die Literatur eingehender mit dem Problem einander widersprechender AGB befaßt, lehnt sie die Konsenslösung nahezu einhellig ab ¹⁾. Die zum Teil heftige Kritik rich-

20) Raiser S. 224.

21) Oben § 3 II 2.

22) S. dazu unten § 7.

1) Vgl. Baumb.-Duden bis 13. Aufl. § 346 4 F k und noch 14. Aufl. Einf. Buch III, 3 C 2, Bobrowski S. 36 ff, Fikentscher § 26 V 5 d (S. 96), Flume § 37/3 (S. 672 ff, 676), v. Godin § 346 Anm. 17 d (S. 65) (s. aber auch hier § 5 Fn. 2!), Haberkorn MDR 61, 818, 820, Haupt S. 61 f, Krause BB 52, 996 ff, Lukes JuS 61, 305/306, Michel S. 24, Raiser S. 222 ff mit ält. Rechtsprechung in Fn. 3 auf S. 222, Ritter § 346 10 a, Schneider BB 51, 743, Stahl DB 56, 681, Staud.-Coing § 155 2 g, Weber N. 292 ff, 299, Zoepke DB 48, 345 und 410. Ebenso wohl Böckel LDR VII S. 146 und v. Brunn S. 50 Fn. 55.
Zumindest für bestimmte Fallgestaltungen so auch Bächle S. 35, Bendasch § 346 12 c, Droste V c, Hase S. 11 ff, 23 f, Köhler S. 24 f, Schleg.-Hefermehl § 346 88, Soergel-Lange 95 vor § 145 und Sommer I. In der Rechtsprechung ist diese Lösung vertreten worden von: OLG Jena in ROLG 40 (1920) 281, 282 f, RG LZ 1919 Sp. 368 Nr. 5, OLG Hamburg HEZ 3 Nr. 17 S. 54 f, OLG Stuttgart BB 62, 349 und BGH LM 5 zu § 150 BGB (VIII. Senat).

tet sich dabei weniger gegen die Lösungsmethode und die Begründung, als gegen das Ergebnis, das als ungerecht empfunden wird ²⁾. Statt eine der Parteien auf Kosten der anderen zu bevorzugen, streben diese Autoren eine Lösung an, die möglichst beiden Parteien gerecht werden soll. Da die beiderseitigen AGB, mindestens soweit sie sich widersprechen, nicht gleichzeitig Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden können, läßt sich dieses Ziel nur erreichen, wenn man beiden Parteien die gleichen Nachteile zufügt:

Nach dieser Lösung sollen daher die AGB beider Parteien unwirksam sein, mindestens soweit sie sich konkret widersprechen. Der "Kern" ³⁾ des Rechtsgeschäfts, d.h. die Individualabreden, soll davon aber nicht berührt werden.

I. Methode

Die Lösungsmethode, mit der man dieses Ergebnis erreichen will, entspricht im Ansatz der der Konsenslösung. Mit nur einer Ausnahme ⁴⁾ gehen sämtliche Vertreter der Dissenslösungen wie die Rechtsprechung davon aus, daß AGB-Verweisung und Individualerklärung eine Einheit bilden. Wie die Konsenslösung können auch sie daher in der auf widersprechende AGB verweisenden Annahme eines Angebots noch nicht ohne weiteres einen vollgültigen Vertragsschluß erblicken. Im Gegensatz zur Konsenslösung betrachten sie aber nicht nur die negative Seite der Situation (Uneinigkeit hinsichtlich der AGB). Sie legen vielmehr das entscheidende Gewicht auf die positiven Aspekte: Die Einigung über die in den Individualabreden geregelten essentialia des Vertrages. Sie halten diese Einigung für ausreichend, um ein Einzelrechtsgeschäft zu begründen, sehen sich dann aber der Schwierigkeit gegenüber, daß das Gesetz bei nur teilweiser Einigung regelmäßig die Nichtigkeit des Gesamtgeschäfts vorsieht. Da diese Regel aber nur "im Zweifel"

2) Fikentscher a.a.O.: "ungebührlicher Vorteil" für eine Partei; Krause a.a.O. "Vergewaltigung des Bestellers"; Raiser: "Reichlich primitiv"; Stahl "Wenig überzeugend"; Zoepke: "Nicht haltbar und lebensfremd".

3) Raiser S. 225.

4) Krause BB 52, 996, dazu näher unten unter II 7.

(§ 155 BGB) gilt, versuchen sie, diese Zweifel durch Auslegung des beiderseitigen Parteiwillens auszuräumen.

II. Begründung

Wenn man wie die Dissenslösung von der Einheit der Vertragserklärungen ausgeht, bedarf auch der Ausgangspunkt dieser Lösung keiner besonderen Begründung. Bei ihrer Prämisse ergibt es sich ohne weiteres aus dem Gesetz, daß bei Vertragserklärungen mit einander widersprechenden AGB ein Dissens vorliegt.

Angesichts der gesetzlichen Gesamtnichtigkeitsvermutung muß dagegen näher begründet werden, warum der Restvertrag trotz des teilweisen Einigungsmangels wirksam sein soll. Hier werden innerhalb der Dissenslösung verschiedene Wege beschritten:

1. "Gegenseitige Aufhebung" der einander widersprechenden AGB

Zum Teil geht man auf die Problematik der §§ 154, 155 BGB gar nicht ein, sondern begnügt sich mit der Behauptung, die einander widersprechenden AGB würden "sich gegenseitig aufheben" ⁵⁾. Die Wirksamkeit des Restvertrags wird stillschweigend bejaht ⁶⁾.

2. "Doppelter Vertragsschluß"

Eine Mindermeinung innerhalb der Dissenslösung hält den ursprünglich durch Austausch der Vertragserklärungen geplanten Vertragsschluß zunächst wegen Dissenses (§ 154 BGB) für gescheitert. Erfüllen aber beide Parteien dann trotzdem dieses "Nicht-Rechtsgeschäft" ⁷⁾, dann sollen diese Vollzugshandlungen neue Vertragserklärungen durch schlüssiges Verhalten darstellen. Ihren Inhalt sollen aber jetzt nur noch die Indi-

5) Haupt S. 62.

6) Außer Haupt: Bandasch a.a.O., Baumb.-Duden a.a.O., ähnlich auch Fikentscher a.a.O. (s. dazu auch unten Zf. 6), Ritter a.a.O. für sich kreuzende Bestätigungsschreiben, OLG Hamburg a.a.O., Köhler S. 25 mit weiterer Rechtsprechung. Ohne eigene Stellungnahme zu den §§ 154/155 auch Flume und Weber a.a.O.

7) Manigk Ithb 75, S. 201.

vidualabreden, nicht aber auch die AGB bilden. Die Parteien, so wird behauptet, hätten mit der Erfüllung des "Vertrags" zum Ausdruck gebracht, daß sie "auf die betreffenden Bedingungen keinen Wert mehr legten" ⁸⁾.

Die meisten Vertreter der Dissenslösung gehen diesen Umweg nicht, sondern versuchen, die Wirksamkeit der Einzelrechtsgeschäfte unmittelbar aus den §§ 154, 155 BGB herzuleiten.

3. "Offener Dissens" (§ 154 BGB)

Ein Teil dieser Autoren vertritt die Ansicht, bei Vertragserklärungen mit einander widersprechenden AGB liege stets ein offener Einigungsmangel im Sinne des § 154 BGB vor. Denn jede Partei wisse, daß die AGB ihres Partners ihren eigenen Bedingungen widersprächen; zumindest hätte sie das wissen müssen ⁹⁾.

Sie knüpfen an die Formulierung des § 154 I 1 BGB an, nach der ein Vertrag bei offenem Dissens nur "im Zweifel" nicht geschlossen sein soll. Sie versuchen dann, diese Zweifel durch Auslegung des Parteiverhaltens im positiven, vertragserhaltenden Sinn auszuräumen. Dabei benutzen sie, wie die Konsenslösung, die Vertragserfüllung durch eine oder beide Parteien als Anknüpfungspunkt. Sie ziehen daraus den Schluß, beide Parteien hätten "den unzweifelhaften Willen" ¹⁰⁾, den Vertrag auch ohne Einigung über die AGB, die ohnehin nur Nebenpunkte regelten, als gültig zu behandeln. Die Wirksamkeit des Grundgeschäfts könne daher regelmäßig nicht bezweifelt werden.

4. "Versteckter Dissens" (§ 155 BGB)

Nach einer weiteren Ansicht soll es sich bei dem Problem einander widersprechender AGB um eine Frage des versteckten

8) Droste V c, Hase S. 26 und wohl auch Köhler S. 25. Die Gültigkeit des zuerst geplanten Vertrags stellen z.T. auch in Frage: Bächle a.a.O., Haberkorn a.a.O., Schlegelberger-Vogels-Becker § 154 1, Schneider a.a.O. und Sebba S. 14.

9) Stahl S. 681, ähnlich auch schon Heidland S. 141.

10) Stahl a.a.O., Michel S. 24, Zoepke DB 48 S. 410, a.A. speziell für § 154 BGB: Heidland S. 140 f, 146.

Dissenses handeln, so daß die Wirksamkeit des Vertrags nach § 155 BGB beurteilt werden müsse ¹¹⁾.

Die Entscheidung für einen versteckten Einigungsmangel wird damit begründet, daß beide Parteien nicht ausdrücklich geklärt hätten, welche ihrer AGB gelten sollten. Darin komme eine solche Gleichgültigkeit gegenüber den in den AGB getroffenen Regelungen zum Ausdruck, daß die davon betroffenen Punkte im subjektiven Sinne nicht als "Punkte" anzusehen seien, "über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden" solle (§ 154 I 1 BGB) ¹²⁾.

Hat man sich so grundsätzlich für einen versteckten Dissens entschieden, versucht man den für die Wirksamkeit des Vertrags nach § 155 BGB erforderlichen, auf Aufrechterhaltung des Restgeschäfts gerichteten Willen der Parteien ebenfalls aus der Vertragserfüllung herzuleiten: Mit der vollständigen oder teilweisen Vertragserfüllung sollen die Parteien zu erkennen geben, daß sie die in den AGB geregelten Punkte nicht für wichtig hielten. Daraus ergebe sich, daß sie den Vertrag auch ohne diese Bestimmungen geschlossen haben würden ¹³⁾.

5. Kombination §§ 154, 155 BGB

Einige Autoren wollen das Problem je nach der konkreten Fallgestaltung entweder nach § 154 BGB oder nach § 155 BGB lösen, ohne sich prinzipiell auf einen der beiden Wege festzulegen ¹⁴⁾. Die Wirksamkeit des Restgeschäfts begründen sie dann mit den gleichen Argumenten, die auch die Vertreter der "reinen" Lösungen nach einer dieser Vorschriften verwenden.

11) So ausdrücklich v.Godin § 346 Anm. 17 d (S. 65). Ebenso Lukes JuS 61 S. 305/306 und Staud.-Coing § 155 2 g, z.T. auch Soergel-Lange 95 vor § 145 und § 155 Bem. 7.

12) v.Godin a.a.O. Ebenso ohne Erwähnung der §§ 154, 155: Böckel a.a.O.

13) Lukes a.a.O., ähnlich schon v.Godin a.a.O., OLG Jena a.a.O., BGH LM 5 zu § 150 BGB.

14) Sommer a.a.O., ebenso wohl Raiser S. 223 und Weber N. 299. Z.T. auch Bächle a.a.O.

6. Teilnichtigkeit nach § 139 BGB

Zum Teil wird schließlich auch noch die Ansicht vertreten, die Folgen des Dissenses richteten sich nach der in § 139 BGB getroffenen Teilnichtigkeitsregelung¹⁵⁾. Ohne weitere Begründung entscheiden sich diese Autoren dann mit der auch von den Befürwortern einer Lösung nach § 155 BGB angegebenen Begründung (entsprechender Parteiwille) für eine Wirksamkeit des Restvertrages.

7. Trennung von AGB und Individualabreden

Einen auch methodisch ganz anderen Weg, die Schwierigkeiten der gesetzlichen Dissensregelung zu meistern, ist KRAUSE gegangen¹⁶⁾. Er schlägt vor, die Vertragserklärungen der Parteien in Individualabreden und AGB-Erklärungen zu trennen und dann beide Komplexe getrennt zu bewerten.

Er geht dabei davon aus, daß der Wille der Parteien, soweit er sich auf die AGB bezieht, anders strukturiert sei als der "Individualwille, der Verträge schafft". Während sich dieser jeweils auf ganz konkrete Vereinbarungen beziehe, sei jener inhaltlich abstrakt, vom konkreten Vertragsgegenstand ganz losgelöst¹⁷⁾. AGB seien nämlich "kein Mittel mehr, diesen (Partei-)Willen in technisch vereinfachter Weise zum Ausdruck zu bringen, sondern ... ein Mittel, den Gegner anläßlich eines Vertragsschlusses unter eine Sonderordnung zu zwingen", sofern man sich überhaupt noch etwas dächte¹⁸⁾. KRAUSE meint, diese unterschiedliche Struktur rechtfertige es, die Einigung über die Individualabreden von der über die AGB zu trennen. Er kommt auf diese Weise zur Gültigkeit der (übereinstimmenden) Individualabreden, während die AGB wegen des (auf sie beschränkten) Dissenses nichtig seien.

15) Bobrowski S. 36 ff, Fikentscher a.a.O. S. 96, Schneider BB 51, 743, s. auch Sommer a.a.O. unter IV.

16) BB 52, 996 ff.

17) a.a.O. S. 998 r. Sp.

18) a.a.O. S. 998 l. Sp.

III. Ergebnis

Während der von der Konsenslösung beschrittene Lösungsweg stets zu einem lücken-losen Vertragsinhalt führt ¹⁹⁾, bleiben bei den Dissenslösungen - bedingt durch die andersartige Lösungsmethode - insofern Lücken offen, als zumindest die sich konkret widersprechenden AGB nicht Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte werden können. Wie groß diese Lücken sind, und wie man sie ausfüllen kann, ist innerhalb der Dissenslösungen noch weitgehend unklar.

1. Vertragsinhalt

Streitig ist zunächst, ob wegen der einander widersprechenden Klauseln grundsätzlich alle AGB beider Parteien unwirksam sein müssen, oder ob wenigstens die übereinstimmenden, vielleicht sogar auch diejenigen AGB einer Partei, denen weder widersprechende noch korrespondierende Bedingungen der anderen gegenüberstehen ("überschießende" AGB) Inhalt des jeweiligen Einzelrechtsgeschäfts werden können.

Die meisten Vertreter der Dissenslösungen gehen auf diese Fragen gar nicht oder nur am Rande ein. Soweit man aus dem methodischen Weg ²⁰⁾ oder der Wortwahl ²¹⁾ Schlüsse ziehen kann, scheint die überwiegende Meinung anzunehmen, sämtliche AGB beider Parteien seien unwirksam ²²⁾.

Eine starke Mindermeinung will dagegen die Unwirksamkeit offenbar auf die einander konkret widersprechenden Klauseln beschränken ²³⁾ und hält somit sowohl übereinstimmende als

19) S. oben § 5 III.

20) Bei der Methode "Doppelter Vertragsschluß" (oben II 2) müssen z.B. notwendig alle AGB fortfallen.

21) Z.B. Krause S. 998: "Die AGB sind ungültig ..."

22) Vgl. Baumb.-Duden 13. Aufl. § 346 4 F k und 14. Aufl. Einf. Buch III 3 C 2, Bobrowski S. 39, Droste unter V c, Flume § 37/3 (S. 676), Hase S. 26, Krause S. 998, Weber N. 299, OLG Jena und BGH a.a.O.

23) So ausdrücklich v. Godin § 346 Anm. 17 d (S. 65), Lukes Jus 61, 306 und Michel S. 24; ebenso wohl auch Böckel LDR VII S. 146, Haupt S. 61/62, Raiser S. 223 ff (dazu näher im Text), Schneider BB 51, 743, Sommer unter IV und Stahl DB 56, 681.

auch "überschießende" AGB für wirksam.

Dazwischen steht eine Ansicht, nach der nur die voll übereinstimmenden AGB Inhalt des jeweiligen Einzelrechtsgeschäfts werden sollen ²⁴⁾.

Zu differenzierteren Ergebnissen kommt lediglich RAISER ²⁵⁾. Er beurteilt die Folgen eines Widerspruchs je nach Zahl und Wichtigkeit der einander widersprechenden Klauseln. Bestehen die AGB einer Partei nur aus ein oder zwei, für das Vertragsganze unwesentlichen Klauseln, dann sollen nur die sich konkret widersprechenden Einzelbestimmungen unwirksam sein. "Überschießende" AGB könnten als stillschweigend genehmigt gelten ²⁶⁾. Gleiches soll gelten, wenn die einander widersprechenden Klauseln in größeren AGB-Komplexen enthalten sind, aber nur Nebenpunkte betreffen ²⁷⁾. Haben beide Parteien eigene, ausgebildete AGB, die sich in wesentlichen Punkten widersprechen, dann sollen "die Verweisungsversuche mißlingen" ²⁸⁾ und alle AGB unwirksam sein.

2. Lückenausfüllung

RAISER äußert sich auch ausführlicher dazu, wie die durch den Wegfall der AGB entstehenden Vertragslücken ausgefüllt werden können. Während sich die anderen Vertreter der Dissenslösungen regelmäßig mit dem Hinweis auf das dispositive Recht begnügen, das an Stelle der weggefallenen AGB eingreife ²⁹⁾, verweist er auf die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung. Als Auslegungsmittel sollen dabei nach seiner Ansicht gemeinsame Grundanschauungen der jeweiligen Branche über die

24) Bandasch § 346 12 c und Zoepke DB 48, 345.

25) S. 223 ff.

26) S. 223 unter 1).

27) S. 223/224.

28) S. 225.

29) Vgl. z.B. Bobrowski S. 39, Flume § 37/3 (S. 676), v. Godin § 346 Anm. 17 d (S. 65), Lukes JuS 61, 306, Sommer unter IV, Stahl DB 56, 681, Zoepke DB 48, 345.

Ausgestaltung ähnlicher Verträge und die beiderseits übereinstimmenden, aber nicht Vertragsinhalt gewordenen AGB der Parteien dienen. Er meint, damit könnten die Bedenken, daß den Parteien ein Einzelrechtsgeschäft aufgezwungen werde, das sie mit diesem Inhalt ursprünglich nicht gewollt hätten, "wenn nicht ausgeräumt, so doch abgeschwächt werden" ³⁰⁾.

3. Offene Fragen

Mit diesen zuletzt genannten "Bedenken" wird ein Problemkreis angesprochen, der im Zusammenhang mit den Auswirkungen sittenwidriger AGB seit längerem Gegenstand breiter Erörterungen in Wissenschaft und Praxis ist: Es geht um die Fragen, ob den Vertragspartnern, die sich nach der Dissenslösung an einen Vertrag gebunden sehen, der - gemessen an ihren ursprünglichen Vorstellungen - mehr oder weniger große Lücken aufweist, das Recht zusteht, sich von diesem Einzelrechtsgeschäft durch Rücktritt oder Anfechtung zu lösen, oder - z.B. beim Wegfall preisbeeinflussender AGB - ihre Leistungen einseitig den veränderten Gegebenheiten anzupassen. Im Zusammenhang mit der Problematik einander widersprechender AGB sind diese Fragen nur gelegentlich angedeutet worden ³¹⁾. Ihre Beantwortung steht bisher noch aus.

3. Abschnitt: Kritik der bisherigen Lösungsversuche

§ 7 Die "Konsenslösung"

Bei einer kritischen Betrachtung der bisherigen Lösungsversuche ist der von der Rechtsprechung vertretenen "Konsenslösung" zunächst zuzugeben, daß sie gegenüber den verschiedenen "Dissenslösungen" zumindest einige praktische Vorzüge bietet:

Ihre Lösungsmethode ist im Prinzip sehr einfach. Um den Inhalt eines unter beiderseitiger Verweisung auf einander wider-

30) a.a.O. S. 225.

31) Vgl. außer Raiser: Krause BB 52, 996 und 998 jew. r. Sp.

sprechende AGB geschlossenen Einzelrechtsgeschäfts zu ermitteln, braucht man nur festzustellen, welche Partei als letzte oder besonders nachdrücklich auf ihre Bedingungen verwiesen hatte. In der Praxis dürfte zumindest ersteres kaum Schwierigkeiten bereiten. Das Ergebnis ist in jedem Fall eindeutig, da ja neben den Individualabreden nur die AGB einer Partei Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden. Probleme der Vertragsergänzung oder Lückenfüllung entstehen dabei gar nicht.

Damit scheint diese Lösung auf den ersten Blick besonders für die Rechtsprechung sehr praktikabel zu sein ¹⁾. Ist eine Partei einmal "ausgezählt", bereitet die rechtliche Beurteilung eines Streitfalls nicht mehr Schwierigkeiten, als jeder gewöhnliche Rechtsstreit. Dadurch, daß eine Anzahl möglicher Streitpunkte regelmäßig schon durch die allein maßgeblichen AGB der "siegreichen" Partei geregelt werden, müßten solche AGB-Prozesse eigentlich sogar einfacher zu entscheiden sein als "normale" Streitigkeiten.

Man gewinnt bei dieser Lösung auch insofern eine gewisse Rechtssicherheit, als regelmäßig nur die Annahmeerklärung den Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts bestimmt ²⁾. Fehlentscheidungen, die sich aus der vergleichenden Beurteilung der beiderseitigen AGB ergeben können, werden so von vornherein vermieden.

Ohne die Bedeutung herabzumindern, die auch der Praktikabilität und der Verkehrssicherheit zukommt, können jedoch solche mehr äußerlichen Vorzüge letztlich nicht entscheidend sein ³⁾. Es muß vielmehr danach gefragt werden, ob die Lösung eines Problems auch im weiteren Sinne "richtig", d.h. in Methode und Begründung rechtlich tragfähig und im Ergebnis für die Betroffenen gerecht ist. Gerade hier liegen aber die Ansatzpunkte für eine kritische Betrachtung der Konsenslösung.

1) S. aber unten unter III 3.

2) Das betont auch Krause BB 52, 997, s. aber unten III 3.

3) Zum begrenzten Wert von Praktikabilitätsargumenten vgl. Laufke S. 155 Fn. 47.

I. Lösungsweg

Geht man mit der h.M. davon aus, daß AGB-Verweisung und Individualabreden eine einheitliche Willenserklärung bilden ⁴⁾ - und es besteht vorerst keine Veranlassung, das zu bezweifeln ⁵⁾ -, dann ist zunächst gegen den Ausgangspunkt der Konsenslösung (kein Vertragsschluß durch "Annahme" des ersten Angebots) methodisch nichts einzuwenden. Mit der Abweichung im AGB-Teil der "Annahme" liegt das vom Gesetz verlangte bedingungslose Einverständnis der Parteien über alle Vertragspunkte nun einmal nicht vor.

Das Gesetz hält für diesen Fall zwei Lösungsmöglichkeiten bereit: Teilwirksamkeit des Restvertrags bei entsprechendem Parteiwillen (§§ 154 I 1, 155 I BGB) oder völlige Unwirksamkeit mit der Möglichkeit des Neuabschlusses zu den Bedingungen der "veränderten" Annahme (§ 150 II BGB). Wenn sich die Rechtsprechung hier grundsätzlich für den zweiten Weg entscheidet, weil sie die subjektiven Voraussetzungen des ersten für nicht gegeben hält ⁶⁾, ist das nur konsequent. Konstruktiv möglich ist auch der weitere Schritt: Vertragsschluß durch stillschweigende Annahme des neuen Antrags.

Damit erweist sich der methodische Weg der Konsenslösung als eine konstruktiv folgerichtige Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über das Zustandekommen von Einzelrechtsgeschäften.

II. Begründung

Problematischer als der - bei der vorgegebenen Prämisse konsequente - Lösungsweg ist jedoch die Begründung, mit der die Rechtsprechung die einzelnen Schritte zu rechtfertigen sucht: Das gilt weniger für die Entscheidung, bei einander

4) Vgl. oben § 4 I.

5) S. aber unten §§ 11-13.

6) Rechtsprechung und Literatur gehen allerdings meist stillschweigend darüber hinweg. Ausnahme: Leo ZBH 26, 119.

widersprechenden Verweisungen statt der §§ 154/155 BGB § 150 II BGB anzuwenden ⁷⁾, als für die Begründung des letzten, entscheidenden Schritts: Annahme des "neuen Antrags" durch den Erstantragenden. Ob dies tatsächlich mit der Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung begründet werden kann, erscheint sehr zweifelhaft.

1. Die Lehre von der "stillschweigenden" Willenserklärung

Der Begriff der stillschweigenden Willenserklärung ist im Gesetz nicht definiert. Nach dem Willen der Schöpfer des BGB sollte das "der Wissenschaft überlassen bleiben" ⁸⁾. Dementsprechend besteht heute noch Streit, ob es überhaupt, und gegebenenfalls wann es solche Willenserklärungen gibt.

Die heute in Literatur und Rechtsprechung weit überwiegende Ansicht, die von den Vertretern der Konsenslösung geteilt wird ⁹⁾ ¹⁰⁾, bejaht grundsätzlich die Möglichkeit stillschweigender Willenserklärungen, unterscheidet aber zwischen "echten" und "fingierten" ("unechten, vermuteten") Erklärungen.

a) "Echte" stillschweigende Willenserklärungen

"Echte" stillschweigende Willenserklärungen sollen dann vorliegen, wenn sich die Äußerung eines tatsächlich vorhandenen "Geschäftswillens" nur durch den sinnlich wahrnehmbaren Erklärungsvorgang von einer ausdrücklichen Willenserklärung unterscheidet, sonst aber alle Merkmale einer solchen Erklärung aufweist. Bei der ausdrücklichen Willenserklärung wird ein innerer Wille durch entsprechende, speziell auf diesen

7) Vgl. auch unten § 8 II.

8) Motive I, 154, Mugdan I S. 437 zu § 72.

9) Vgl. bes. Enn.-Nipperdey § 145 (S. 894 ff) und § 153 (S. 942 ff) insbes. auf S. 943/944, Larenz AT § 25 III (S. 359 ff), RGRK (Krüger-Nieland) Anm. 5 ff vor § 116, Schmidt-Salzer S. 112 ff, Soergel-Hefermehl 5 ff vor § 116. Angaben über die Rechtsprechung bei Enn.-Nipperdey § 153 Fn. 9 (S. 944). Speziell im Hinblick auf widersprechende AGB: BGH LM 6 zu § 150 BGB.

10) Deswegen braucht hier nicht auf abweichende Ansichten eingegangen zu werden; vgl. dazu ausführlich Staud.-Coing 3 ff vor § 116.

Zweck gerichtete äußere Handlungen kundgemacht. Bei "echten" stillschweigenden Willenserklärungen erfolgt diese Kundgabe durch ein Verhalten, das primär andere Zwecke verfolgen kann, aber doch einen zuverlässigen Schluß auf diesen Willen zuläßt ("schlüssiges" Verhalten, "konkludentes" Handeln) ¹¹⁾.

Neben diesem objektiven Tatbestand muß eine "echte" stillschweigende Willenserklärung auch alle subjektiven Voraussetzungen "gewöhnlicher" Willenserklärungen erfüllen. Dazu gehört nach h.M.:

Der "Handlungs"- ("Betätigungs"-) Wille, der sich auf die bewußte Vornahme des äußeren Verhaltens richtet ¹²⁾, das "Erklärungsbewußtsein" ("Äußerungs"-, "Kundmachungs"-, "Betätigungsbewußtsein" oder "-wille"), durch ein Verhalten überhaupt eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgendeines Inhalts zu machen ¹³⁾ und der "Geschäftswille", d.h. die auf den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge gerichtete Absicht des Erklärenden ¹⁴⁾.

Fehlt der objektive Tatbestand oder der Handlungswille, dann liegt überhaupt keine Willenserklärung vor. Fehlen Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille, dann kann eine "fin-

11) Enn.-Nipperdey § 153 II (S. 943), Soergel-Hefermehl 10 vor § 116. Vgl. auch Flume § 5/4 (S. 72 ff) und Staud.-Coing 3 ff vor § 116, z.T. mit abweichenden Ansichten.

12) Enn.-Nipperdey § 145 II A 2 a (S. 899), Lange § 37 II 2 (S. 228 f), Lehmann-Hübner § 24 IV 1 b (S. 146), Soergel-Hefermehl 5 vor § 11.

13) Sehr streitig! Vgl. Enn.-Nipperdey a.a.O. S. 901 f mit abweichenden Ansichten in Fn. 26, Lange a.a.O. S. 229, Lehmann-Hübner a.a.O. unter), Staud.-Coing Einl. zu §§ 104 ff, 2 i. Der BGH hat diese Frage noch offengelassen in NJW 53, 58, sie aber in LM 6 zu § 150 BGB bejaht.

14) So die herrsch. "Rechtsfolgen"-Theorie: Enn.-Nipperdey § 145 II A 1 (S. 896) mit Nachweisen auch über abweichende Ansichten in Fn. 4 und § 153 IV B (S. 945).

gierte" stillschweigende Willenserklärung gegeben sein ¹⁵⁾.

b) "Fingierte" Willenserklärungen

Die Lehre von den "fingierten" ("unechten") Willenserklärungen ist von Literatur und Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung aus einer Reihe gesetzlicher Vorschriften entwickelt worden, die im Interesse des Verkehrsschutzes fehlende oder unzureichende Parteierklärungen in der Weise ersetzen, daß sie dem äußeren Verhalten einer Partei ohne Rücksicht auf ihren tatsächlichen Willen einen bestimmten Erklärungsinhalt beilegen ¹⁶⁾. Man spricht in diesen Fällen gemeinhin von "gesetzlich fingierten Willenserklärungen" ¹⁷⁾.

Die in der Literatur wohl überwiegende Ansicht leitet daraus einen allgemeinen Tatbestand einer mit rechtsgeschäftlicher Wirkung ausgestatteten "Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr" ab ¹⁸⁾ und stellt dieses Verhalten den echten Willenserklärungen gleich. Auch hier spricht man meist von "fingierten" Willenserklärungen. Die

15) Fehlt nur der Geschäftswille, so ist das als Mentalreservation unbeachtlich: vgl. Enn.-Nipperdey § 153 III aE (S. 945).

16) Z.B. §§ 108 II 2, 177 II 2, 415 II 2 BGB, §§ 362 I, 377 II HGB. Weitere Beispiele bei Flume § 10/2 (S. 117 ff), Lehmann-Hübner § 30 IV (S. 209), Manigk Verhalten S. 102 ff, 107/108, Staud.-Coing 4 vor § 116.

17) Im Anschluß an Wendt AcP 92, 1 ff, 253: vgl. Flume, Lehmann-Hübner, Staud.-Coing a.a.O. und Raiser S. 157, RGRK (Krüger-Nieland) 7 vor § 116. Andere Bezeichnungen: "Unwiderleglich vermutete Willenserklärungen" (Enn.-Nipperdey § 153 IV 2 a (S. 947) mit Fn. 18), "Normiertes Schweigen" (Larenz AT § 25 III c, S. 362), "Gesetzlich typisierte Willenserklärungen" (Manigk a.a.O.).

18) Vgl. Baumb.-Duden § 346 4 A, C, Fischer ZHR 63, 208 f, Lehmann-Hübner § 30 III 2 (S. 208/209), RGRK (Krüger-Nieland) 6, 8 vor § 116, Soergel-Hefermehl 7 vor § 116 und besonders ausf. Staud.-Coing 3 f vor § 116. Vgl. aus der Rechtsprechung BGH NJW 53, 58. Er folgt der Feststellung Manigks (Verhalten S. 97), diese Ansicht habe sich in der Rechtsprechung des RG durchgesetzt. Dagegen Flume § 5/4 (S. 74) mit Fn. 26. Grundsätzlich ablehnend Enn.-Nipperdey § 153 IV B 2 a (S. 949), der aber fast in allen Fällen zu den gleichen Ergebnissen wie die h.M. kommt. Ähnlich Flume § 10/1 (S. 113 ff) mit seinen Grundsätzen über das "rechtlich relevante Verhalten".

Rechtsprechung ist in vielen Entscheidungen gleichfalls von diesem Grundsatz ausgegangen, ohne indes den Zurechnungsgrund immer klar herauszustellen ¹⁹⁾.

Grundlage dieser Haftung ist nicht, wie bei der echten Willenserklärung, der entsprechende Wille der verpflichteten Partei, sondern der im Prinzip von Treu und Glauben gründende Schutz des Vertrauens eines Dritten, der sich auf das Verhalten dieser Partei verläßt ²⁰⁾. Allgemeine Kriterien dafür, wann ein solches schutzwürdiges Vertrauen gegeben ist, werden in Literatur und Rechtsprechung nicht genannt. Man begnügt sich im allgemeinen mit dem Hinweis auf die Grundsätze des § 242 BGB und zählt dann Einzelfälle auf, in denen die Gleichstellung von Verhalten und Willenserklärung berechtigt sein soll ²¹⁾. Einer davon ist der hier besonders interessierende Fall der "stillschweigenden Verweisung" auf AGB ²²⁾.

2. Anwendung durch die Konsenslösung

Welcher dieser beiden Arten stillschweigender Willenserklärungen die Konsenslösung die Vertragserfüllung zuordnen will, läßt sich den Begründungen nicht immer eindeutig entnehmen. Der Wortlaut der BGH-Entscheidungen läßt beide Möglichkeiten offen:

In LM Nr. 3 zu § 150 BGB führt der BGH aus, der Erstantragende habe nach der Ablehnung seines Angebots durch die (in den AGB) abweichende "Annahmeerklärung" vor der Wahl gestanden, den neuen Antrag mit den fremden AGB anzunehmen, oder vom Vertrag ganz abzusehen. Wenn er dann fortfährt, "durch die Abnahme von Teillieferungen" habe diese Partei "die Ent-

19) Nachweise bei Enn.-Nipperdey § 153 Fn. 24 (S. 949). Eine Ausnahme in neuerer Zeit: BGH LM 6 zu § 150 BGB.

20) Staud.-Coing 3 f vor § 116 unter c).

21) Vgl. z.B. Enn.-Nipperdey § 153 IV B 2 a (S. 950 ff), RGRK (Krüger-Nieland) 8 vor § 116, und Staud.-Coing 3 e und 5 vor § 116.

22) S. oben § 3 II 2.

scheidung im ersteren Sinne getroffen", scheint er das als echte stillschweigende Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten zu betrachten.

In anderen Entscheidungen spricht der BGH davon, das Verhalten des Erstantragenden sei "nach Treu und Glauben" als bedingungslose Annahme des neuen Antrags "anzusehen" ²³⁾, was mehr für die Annahme einer fingierten Willenserklärung spricht.

In seiner letzten Entscheidung zum Problem einander widersprechender AGB erwähnt der BGH ausdrücklich beide Möglichkeiten und entscheidet sich dann für den ihm vorliegenden Fall für eine fingierte Willenserklärung ²⁴⁾. Auch hier werden beide Formen zu prüfen sein.

a) Vertragserfüllung als "echte" Willenserklärung?

Wie oben dargelegt, kann die Vertragserfüllung durch eine Partei nur dann eine echte, auf Annahme eines Antrags gerichtete Willenserklärung sein, wenn sie sowohl den äußeren als auch den inneren Tatbestand einer Willenserklärung erfüllt. Es muß daher zunächst geprüft werden, ob sich aus dem äußeren Verhalten des Erstantragenden ein zuverlässiger Schluß auf seinen Willen ziehen läßt, den "neuen Antrag" mit den darin enthaltenen fremden AGB bedingungslos anzunehmen.

aa) Wann beim Fehlen einer ausdrücklichen, zweckgerichteten Erklärung ein äußeres Verhalten ein "Sinnbild für eine innere Tatsache" ²⁵⁾ darstellt, ist eine Frage der Auslegung, die sich mangels besonderer Parteivereinbarungen danach richtet, wie der Erklärungsgegner sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) verstehen durfte ("Empfängerhorizont").

Im Bereich "gewöhnlicher" Verträge besteht nun in der Tat eine Verkehrssitte des Inhalts, daß jemand, der auf ein Ange-

23) BB 51, 456.

24) LM 6 zu § 150 BGB, ebenso Nastelski DRiZ 55, 212 f.

25) Lehmann-Hübner § 24 IV 1 a (S. 146).

bot hin stillschweigend mit der Vertragserfüllung beginnt, dieses Angebot auch wirklich zu den darin genannten Bedingungen annehmen will ²⁶⁾). In erster Linie gilt dies freilich für Verträge, bei denen alle Einzelpunkte individuell geregelt werden. Daß der Erstantragende in unseren Fällen aber diese Individualabreden wirklich will, bedarf keiner besonderen Begründung mit Hilfe "schlüssiger" Handlungen: Diese Vertragspunkte entstammen ja seinem eigenen (ausdrücklichen) Angebot und werden in dem "neuen Antrag" des Angebotsempfängers nur wiederholt. Entscheidend ist hier vielmehr, ob der Angebotsempfänger (= "Zweitverweisender") darüber hinaus aus der Vertragserfüllung des Erstantragenden schließen kann, dieser wolle sich den ihm fremden AGB unterwerfen.

Wenn eine nicht AGB-verwendende Partei ("Kunde") auf eine Verweisung eines AGB-verwendenden "Unternehmers" stillschweigend mit der Vertragserfüllung beginnt, sieht man darin allgemein ein Verhalten, aus dem der "Unternehmer" auf einen - in seinen Anforderungen gegenüber einem "normalen" Geschäftswillen allerdings weitgehend minimalisierten - Unterwerfungswillen schließen dürfe ²⁷⁾). Betrachtet man die typische Situation, in der sich ein "Kunde" beim Vertragsschluß mit einem "Unternehmer" befindet, so zeigt sich, daß diese Sicht berechtigt ist:

Ein "Kunde" versucht regelmäßig erst gar nicht den AGB eines "Unternehmers" zu widersprechen, weil er als Einzelner dem organisierten Betrieb des Unternehmers ohnehin unterlegen ist. Er besitzt nur selten ausreichende Sach- und Rechtskenntnisse und kann die Tragweite der AGB daher kaum voll erkennen. In der Regel ist er auch wirtschaftlich zu schwach, als daß er die AGB abändern oder ausschließen könnte. Darüber hinaus sieht er meist auch keine Möglichkeit, sein Einzelrechtsge-

26) Schulbeispiele: Reservierung von Hotelzimmern, Verbrauch unbestellt zugesandter Waren; vgl. dazu Soergel-Lange § 151 8 ff, 10, Staud.-Coing § 146 8 und § 151 4.

27) S. oben § 3 II 2.

schäft mit einem anderen Unternehmer abzuschließen, ohne hinsichtlich der AGB "vom Regen in die Traufe" zu kommen. Seine Vertragserfüllung stellt sich daher insoweit regelmäßig als ein passives, in der Resignation vor dem Übergewicht der Gegenseite gründendes, Sich-einlassen auf ein als unabänderlich begriffenes Lebensverhältnis dar²⁸⁾. Aus diesem Verhalten kann deshalb ein "Unternehmer" schließen, daß der "Kunde", wie üblich, nichts an den AGB ändern, sondern sich ihnen voll "unterwerfen" will.

Sind dagegen auf beiden Seiten eines Einzelrechtsgeschäfts "Unternehmer" beteiligt, dann liegt eine völlig andere psychologische und tatsächliche Situation vor:

Ein "Unternehmer" weiß in aller Regel, was man mit Geschäftsbedingungen alles erreichen kann. Gerade deswegen stellt er selbst AGB auf und versucht, sie zum Inhalt seiner Einzelrechtsgeschäfte zu machen. Trifft er dabei auf fremde widersprechende AGB, dann schweigt er dazu nicht etwa, weil er, wie ein "Kunde", vor ihnen kapituliert. Er weiß aus eigener Erfahrung, wie man ihre Geltung verhindern könnte, und hat vor allem auch oft die wirtschaftliche Macht dazu. Wenn er den fremden AGB trotzdem nicht ausdrücklich widerspricht, geschieht das in der Regel, weil er die Frage, wessen Bedingungen gelten sollen, bewußt nicht austragen will²⁹⁾. AGB sind für ihn ein "juristisches Arsenal"³⁰⁾ für den Notfall; er weiß, daß sein Vertragspartner darauf meist ebenso ungern verzichten würde, wie er selbst. Er versucht daher erst gar nicht, einen Streit um die AGB anzufangen, weil er das Geschäft nicht an dieser Frage scheitern lassen will³¹⁾.

28) Raiser S. 148, Mroch S. 10. Die meist "unbesehene" Unterwerfung der "Kunden" versucht v. Brunn S. 5 ff mit einem "starken Vertrauen" (!) zu den AGB zu erklären.

29) Vorausgesetzt, er erkennt den Widerspruch überhaupt!

30) Raiser S. 223.

31) Ebenso Raiser a.a.O., Flume § 37/3 (S. 676); ähnlich auch Lukes Jus 61, 305 f.

Das Besondere an den Fällen beiderseitiger Verweisungen ist nun weiter die Tatsache, daß sich beide Parteien in dieser gleichen Situation befinden: "Erst-" und "Zweitverweisende" sind sie nur durch die zufällige Reihenfolge der Vertragserklärungen. Beim nächsten Einzelrechtsgeschäft können sich diese Parteirollen ohne weiteres umkehren, ohne daß sich an der psychologischen Situation der Parteien etwas ändern würde. Im Zweifel würden sich daher beide Parteien in diesem Fall genau so verhalten, wie vorher, also zur Geltung der AGB schweigen, den Vertrag aber erfüllen.

Kennt aber der jeweils Zweitverweisende diesen Grund für das Schweigen seines Partners aus eigener Anschauung, dann kann er nicht wider besseres Wissen dessen Verhalten als "äußeres Sinnbild" eines Unterwerfungswillens ansehen. Von seinem "Empfänger-Horizont" ist die Vertragserfüllung seines Kontrahenten daher keine hinsichtlich der AGB-Geltung "schlüssige" Handlung.

Damit fehlt es bereits am äußeren Tatbestand einer auf Unterwerfung gerichteten Willenserklärung des Erstantragenden. Schon aus diesem Grund erweist sich somit die Begründung der Konsenslösung als nicht haltbar.

bb) Bei einem "Unternehmer" dürften darüber hinaus in aller Regel auch die subjektiven Voraussetzungen für eine echte (Unterwerfungs-) Willenserklärung fehlen:

Wer, wie im Modellfall der Besteller, Waren annimmt, die ihm sein Vertragspartner der Bestellung entsprechend liefert, wird sich - vorausgesetzt, er beurteilt die Rechtslage wie die Konsenslösung -, wenn überhaupt, doch wohl allenfalls darüber Gedanken machen, warum sein Kontrahent mit der Erfüllung eines "Vertrags" beginnt, der rechtlich noch gar nicht perfekt ist. Dagegen wird er kaum das Bewußtsein haben, mit der Annahme dieser Lieferung eine neue, seiner Bestellung entgegengesetzte Willenserklärung abzugeben.

Bei der oben geschilderten psychologischen Situation wird dem Erstantragenden neben diesem "Erklärungsbewußtsein" re-

regelmäßig auch der "Geschäftswille" fehlen³²⁾.

Wenn sich diese subjektiven Voraussetzungen nicht ausnahmsweise einmal eindeutig feststellen lassen, wird man sie daher regelmäßig verneinen müssen. Damit muß die Annahme einer Unterwerfung durch eine echte stillschweigende Willenserklärung auch an deren subjektiven Merkmalen scheitern.

b) Vertragserfüllung als "fingierte" Willenserklärung?

aa) Eine "fingierte" Unterwerfungs-Willenserklärung auf der Grundlage einer "Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens" kann in der stillschweigenden Vertragserfüllung nur liegen, wenn wenigstens ein "schlüssiges" äußeres Verhalten als Vertrauensgrundlage vorliegt. Das ist soeben abgelehnt worden³³⁾, so daß nach der hier vertretenen Ansicht auch die Lehre von der "fingierten" Willenserklärung nichts zur Lösung des Problems einander widersprechender AGB beitragen kann.

Selbst wenn man mit der Konsenslösung in der Vertragserfüllung des Erstverweisenden einen Vertrauenstatbestand für seinen Vertragspartner sehen wollte, bliebe - gerade im Modellfall, an dem sie ihre Ansicht entwickelt! - fraglich, warum bei beiderseits gleich starken Verweisungen gerade das "Vertrauen" des jeweils Zuletztverweisenden geschützt werden soll.

Wo immer im Rechtsverkehr das Vertrauen einer Partei geschützt wird, setzt das voraus, daß diese Partei auf ein bestimmtes Verhalten ihres Kontrahenten vertraut hat und vertrauen durfte.

bb) Voraussetzung für eine Vertrauenshaftung ist demnach zunächst, daß zwischen dem Verhalten des "Vertrauenden" und den schlüssigen Handlungen seines Partners eine ursächliche Beziehung besteht: Der von diesem gesetzte Tatbestand muß für die Entscheidung des "Vertrauenden" kausal sein, wenn dieser

32) Vgl. auch Flume a.a.O.

33) Oben unter a) aa).

daraus Rechtsfolgen ableiten will. Denn ein Schutzbedürfnis besteht nicht, wenn der angeblich "Vertrauende" die gleichen Dispositionen auch ohne Rücksicht auf den Vertrauenstatbestand vorgenommen hätte ³⁴⁾.

In welcher Weise im Fall widersprechender Verweisungen die Vertragserfüllung des Erstantragenden für das Verhalten des Zweitverweisenden ursächlich sein soll, bleibt, gerade im Modellfall, unerfindlich. Sowohl die Vertragserklärung des Zweitverweisenden als auch seine tatsächlichen Dispositionen (Lieferung der Ware) erfolgen vor der Vertragserfüllung durch den Erstverweisenden. Es ist daher rein logisch gar nicht denkbar, wie dieses spätere Verhalten des Erstverweisenden das zeitlich frühere Verhalten seines Vertragspartners beeinflussen könnte. Damit fehlt es gerade in dem von der Konsenslösung als Regel angesehenen Modellfall an der erforderlichen Kausalität der Vertragserfüllung des Erstverweisenden für die Dispositionen des Zweitverweisenden.

Eine kausale Verknüpfung des beiderseitigen Verhaltens ist allenfalls in den Fallgestaltungen denkbar, in denen die Rechtsprechung ausnahmsweise den AGB des Erstantragenden den Vorzug gibt ³⁵⁾. Da jedoch für das Verhalten einer Partei angesichts der oben dargelegten psychologischen Situation beider "Unternehmer" weniger die Vertragserfüllung des Partners als dessen Einverständnis mit den Individualabreden entscheidend sein dürfte, bedarf die Behauptung einer solchen Kausalität aber auch in diesen Fällen einer besonderen Feststellung.

Selbst in diesem Fall, ganz besonders aber im Modellfall, bleibt es darüber hinaus zweifelhaft, ob ein solches Vertrauen einer Partei in die Vertragserfüllung der anderen überhaupt gerechtfertigt ist:

34) Vgl. für den Sonderfall der "Rechtsscheinvollmacht": Soergel-Schultze = v.Lasaulx § 167, 25; BGHZ 17, 13, 18/19 und LM 13 zu § 167 BGB mit ausf. Nachweisen.

35) Variante des Grundfalls wegen "stärkerer" Verweisung: Oben § 5 II.

cc) "Vertrauensschutz" im Sinne der Lehre von der "Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr" bedeutet nie den Schutz subjektiver Vertrauensseligkeit. Nur das berechnigte Vertrauen ist schutzwürdig und schutzfähig ³⁶⁾.

Dabei ist es gleichgültig, ob man den Grund für einen Vertrauensschutz in den Erfordernissen der Verkehrssicherheit, in einem allgemeinen Veranlassungsprinzip oder im Grundsatz von "Treu und Glauben" schlechthin sieht ³⁷⁾. In keinem Fall darf einseitig nur das Vertrauen einer Partei berücksichtigt werden: Nicht nur der Empfänger einer scheinbaren Willenserklärung ist schutzwürdig, sondern auch ihr "Absender" ³⁸⁾. Das gilt besonders dann, wenn man, wie die Rechtsprechung, die Lehre von der Vertrauenshaftung auf die Grundsätze von Treu und Glauben stützt. Denn dieses Prinzip dient gerade dem "aus der Idee des Solidarismus entspringenden Gedanken der Gegenseitigkeit" und "dem Ausgleich kollidierender Interessen unter einem sittlich wertenden Maßstab" ³⁹⁾.

Auf die Fälle einander widersprechender Verweisungen übertragen bedeutet das: Das Vertrauen einer Partei auf einen Unterwerfungswillen der anderen ist nur dann berechnigt, wenn sie nach sorgfältiger Prüfung des Vertrauensstatbestandes und unter Berücksichtigung auch der Interessen des Vertragspartners zu dem Schluß kommen durfte, dieser habe sich unter Verzicht auf seine AGB den fremden Bedingungen unterwerfen sollen.

Schon aus dem bisher ausgeführten ergibt sich, daß dieser Schluß regelmäßig nicht gerechtfertigt ist. Weder die tatsächlichen Verhältnisse noch die Interessenlage eines Vertragspartners erlauben es dem anderen, auf eine Unterwerfung zu schließen:

36) Manigk Verhalten S. 95, Meier-Hayoz S. 110 ff, vgl. auch Schmidt-Salzer BB 68, S. 69.

37) Vgl. dazu ausführlich Meier-Hayoz S. 81 ff.

38) Meier-Hayoz S. 111 mit Nachweisen.

39) Meier-Hayoz S. 84.

Beide Parteien bringen in ihren Vertragserklärungen erkennbar zum Ausdruck, daß sie bestimmte Nebenpunkte in ihrem, und damit gerade nicht im Sinne ihres Partners, geregelt wissen wollen. Jede, also auch schon die erste, Verweisung enthält damit bereits einen Widerspruch gegen anderslautende AGB 40).

Beide Parteien haben regelmäßig auch das gleiche Interesse an der Geltung ihrer Bedingungen. Trotzdem tun beide dafür gleich wenig: Keine hält es für nötig, darüber eine ausdrückliche, alle Zweifel ausschließende Regelung zu treffen. Keine sieht schließlich trotz der Ungewißheit von der Vertragserfüllung ab.

Diese auf beiden Seiten gleiche Situation der Vertragspartner verbietet es, einen auf Kosten des anderen zu bevorzugen. Ein etwaiges "Vertrauen" einer Partei auf eine "Unterwerfung" der anderen ist daher nicht gerechtfertigt und somit nicht schutzwürdig.

Damit erweist sich, daß sich das von der Konsenslösung vertretene Ergebnis (Einigung der Parteien über die Geltung der AGB eines Partners) auch nicht mit Hilfe der Lehre von der "Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens im Rechtsverkehr" ("unechte, fingierte" Willenserklärung) begründen läßt.

III. Ergebnis

Kritik erfordert die Konsenslösung aber nicht nur wegen ihrer aus rechtstatsächlichen Gründen nicht haltbaren Begründung. Auch die von ihr in den verschiedenen Fallgestaltungen vertretenen Ergebnisse sind in ihren Auswirkungen für die unmittelbar betroffenen Parteien und auch für die allgemeine Rechtspraxis untragbar.

40) Zoepke DB 48, 410 spricht beim Erstverweisenden von einem "antizipierten Widerspruch".

1. Auswirkungen für die Betroffenen

a) In der Literatur wird mit Recht vor allem das Ergebnis kritisiert, das die Konsenslösung in dem von ihr als Regel angesehenen "Modellfall" beiderseits gleichartiger Verweisungen vertritt ⁴¹⁾. Die Entscheidung für die regelmäßige Geltung nur der AGB der zuletzt verweisenden Partei benachteiligt die andere gleich in zweifacher Weise: Nicht genug damit, daß ihre AGB nicht Vertragsinhalt werden; sie sieht sich darüber hinaus auch noch der fremden Vertragsordnung seines Partners unterworfen.

Würden nur die eigenen AGB fortfallen, dann ließe sich dies noch verschmerzen, da das dann maßgebliche dispositive Gesetzesrecht regelmäßig einen gerechten Ausgleich widerstreitender Parteiinteressen enthält und somit keiner Partei ungebührliche Vorteile verschafft. Die statt dessen nach der Konsenslösung eintretende Geltung sämtlicher Bedingungen des Kontrahenten unterwirft die betroffene Partei dagegen einer Sonderordnung, die jener ohne Rücksicht auf ihre Interessen allein zu seinem Vorteil aufgestellt hat. Die damit verbundene Benachteiligung muß die hinsichtlich der AGB unterliegende Partei um so härter treffen, als für die Bevorzugung ihres Partners angesichts des beiderseits gleichen Verhaltens, der gleichen psychologischen Situation und der gleichen Interessenlage beider Parteien regelmäßig kein sachlicher Grund vorliegt. Das "letzte Wort" wird jedenfalls im Geschäftsverkehr meist nicht für entscheidend gehalten ⁴²⁾. Wer bei dem oft langwierigen Hin und Her der Korrespondenz, die sich ja meist nicht nur in Angebots- und Annahmeerklärung erschöpft, schließlich das letzte Wort hat, ist mehr oder weniger eine Frage des Zufalls. In einem Fall kann es der Lieferant sein, in einem anderen unter völlig gleichen Umständen dagegen der Käufer. Eine Lösung, deren für die betroffene Partei so ein-

41) Vgl. die Zitate oben § 6 Fn. 2.

42) Flume § 37/ 3.(S. 675).

schneidendes Ergebnis derart weitgehend vom Zufall abhängt, kann einfach nicht gerecht sein ⁴³⁾.

Die regelmäßige Geltung der AGB des jeweils zuletzt Verweisenden müßte bei konsequenter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung von der kaufmännischen Praxis auch zu untragbaren Folgerungen führen:

Wenn die eigenen AGB nicht jeden Wert verlieren sollen, könnte es sich kein sorgfältiger Geschäftsmann erlauben, Schreiben seiner Geschäftspartner, die einen Hinweis auf AGB enthalten, unbeantwortet zu lassen, auch wenn er mit dem individuellen Inhalt durchaus einverstanden wäre. Er müßte daher seinem Kontrahenten unverzüglich mit einer erneuten Verweisung antworten, dieser wiederum ihm usw. ⁴⁴⁾, eine groteske Vorstellung. Daß dabei - abgesehen von organisatorischen Weiterungen - zumindest der Rationalisierungseffekt der AGB verloren ginge, versteht sich von selbst.

b) Die Ergebnisse der Konsenslösung werden für die Betroffenen auch dann nicht erträglicher, wenn die alleinige Geltung der AGB einer Partei damit begründet wird, diese habe "stärker" auf ihre Bedingungen verwiesen.

Für die unterliegende Partei ist auch dies nicht gerecht, da allein die Wahl bestimmter Worte für diese Bevorzugung ihres Partners ebensowenig ein sachlicher Grund ist, wie die zeitliche Reihenfolge der Verweisungen. Die sprachliche Ausdruckskraft ist in unserem Vertragsrecht nicht das wesentliche Kriterium für die Wirkung einer Erklärung. Entscheidend ist immer der Sinn, der damit erkennbar verfolgt wird (§ 133 BGB!). Der Sinn der Verweisungen ist jedoch unabhängig von der jeweils gewählten Formulierung bei jeder Erklärung derselbe: Wer auf seine eigenen AGB verweist, will sie und nicht anderslautende fremde Bedingungen zum Inhalt seiner Einzel-

43) Ebenso Fikentscher § 26 V 5 d (S. 96), Flume a.a.O., Krause BB 52, 997, Raiser S. 224, Zoepke DB 48, 410.

44) Fikentscher a.a.O.

rechtsgeschäfte machen, oder, wie es ZOEPKE ausgedrückt hat.⁴⁵⁾ Jede Verweisung auf eigene AGB ist bereits ein Widerspruch gegen die Geltung davon abweichender fremder Regelungen.

Im übrigen läßt sich auch das Ziel, endlose Widersprüche zu vermeiden, auf diesem Weg nicht vermeiden. Die rechtliche Anerkennung besonders "starker" Verweisungen muß notwendig zu einer Eskalation der Verweisungserklärungen führen, da praktisch jede Partei gezwungen wird, in ihre AGB möglichst scharfe Widersprüche gegen fremde Bedingungen aufzunehmen.

Die Stufen dieser Eskalation reichen von verhältnismäßig einfachen Klauseln, wie z.B.:

"Für unsere Einkäufe gelten nur unsere Einkaufsbedingungen"

oder "Die Einkaufsbedingungen des Käufers verpflichten uns nicht, auch wenn wir ihnen nicht ausdrücklich widersprechen" ⁴⁶⁾,

bis zu Formulierungen, die allen Eventualitäten Rechnung tragen wollen:

"Für unsere Käufe gelten nur unsere Einkaufsbedingungen; etwa davon abweichende Verkaufs- und Lieferungsbedingungen unserer Lieferanten haben nur dann Gültigkeit, wenn sie von uns schriftlich anerkannt sind. Etwaiges Still-schweigen zu einer von unseren Einkaufsbedingungen abweichenden Verkaufs- oder Lieferungsbedingung bedeutet kein Einverständnis" ⁴⁷⁾

und "Unsere Lieferungen erfolgen ausschließlich auf Grund der nachstehenden Bedingungen. Abschlüsse und Vereinbarungen, insbesondere soweit sie diese Bedingungen abändern, werden erst durch unsere schriftliche Bestätigung verbindlich. Einkaufsbedingungen des Käufers wird hiermit aus-

45) S. oben Fn. 40.

46) Verkaufsbedingungen eines süddeutschen Hüttenwerks, E a 2.

47) Einkaufsbedingungen desselben Werks, E a E 3.

drücklich widersprochen. Sie verpflichten uns auch dann nicht, wenn wir nicht noch einmal bei Vertragsschluß widersprechen. Spätestens mit der Entgegennahme unserer Ware gelten unsere allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen als angenommen" 48) 49).

Je mehr derartige Klauseln verwendet werden - ihre Zahl dürfte eher zu- als abnehmen ⁵⁰⁾ - desto häufiger muß es vorkommen, daß beide Parteien eines Einzelrechtsgeschäfts derart nachdrücklich auf ihre Bedingungen verweisen. Käme diesen "starken" Verweisungen wirklich die Bedeutung zu, die ihnen von der Konsenslösung beigelegt wird, dann müßten derartige Verträge wegen unheilbaren Dissenses vollständig unwirksam sein. Die Rechtsprechung kehrt in solchen Fällen jedoch wieder zu ihrer Grundregel zurück und erklärt erneut die jeweils letzte Verweisung für maßgebend ⁵¹⁾. Deutlicher kann sich kaum zeigen, wie wenig sinnvoll dieses Ausweichen auf die Intensität der Verweisungen ist.

2. Auswirkungen für die Rechtspraxis

Zu welchen Unsicherheiten die Rechtsprechung des BGH auch in der Praxis der Instanzgerichte führt, zeigt sich, wenn man neben den bereits erwähnten Entscheidungen das BGH-Urteil in LM Nr. 5 zu § 150 BGB betrachtet:

48) Verkaufsbedingungen eines südwestdeutschen Stahlwerks E a 32.

49) Vgl. auch die oben § 1 III 2 zitierte völlig unsinnige Klausel, in der ein eigenes Verhalten als fremde Willenserklärung gewertet wird!

50) Zum Vergleich: Von den 103 im Jahre 1932 von Müllereisert veröffentlichten Verkaufsbedingungen der Maschinen-, elektrotechnischen-, chemischen und Bau-Industrie erwähnten nur 19, also nicht einmal 19 %, ausdrücklich abweichende Einkaufsbedingungen. Von 162 im Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Münster gesammelten, vergleichbaren Verkaufsbedingungen der Maschinen- elektrotechnischen und chemischen Industrie enthielten insgesamt 71, also etwa 44 %, ausdrückliche Bezugnahmen auf fremde AGB!

51) LM 3 zu § 150 BGB.

In diesem Fall hatte sich eine Partei tatsächlich einmal an die von der auch in BGH LM Nr. 5 zu § 150 BGB gebilligte Konsenslösung aufgestellten Erfordernisse gehalten und trotz einer ausdrücklichen Ablehnung ihrer AGB in der Folgezeit noch mehrfach auf ihre Bedingungen verwiesen. Unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der früheren Entscheidungen des I. und II. Senats ⁵²⁾ entschied hier der VIII. Senat, die AGB beider Parteien seien wegen Dissenses unwirksam, das Grundgeschäft aber gültig.

Damit hat die Rechtsprechung den Kreis der möglichen Ergebnisse geschlossen. Drei von einander verschiedene und im Ergebnis unvereinbare Lösungen sind theoretisch möglich:

- (1) Nur die AGB des Zweitverweisenden oder
- (2) nur die AGB des Erstverweisenden oder
- (3) überhaupt keine AGB können Inhalt eines mit widersprechenden Verweisungen geschlossenen Einzelrechtsgeschäfts sein ⁵³⁾.

Alle drei hat der BGH nacheinander und stets unter Berufung auf "Treu und Glauben" vertreten:

Die erste in den Entscheidungen vom 19. Januar 1951 ⁵⁴⁾, 17. September 1954 ⁵⁵⁾ und 14. März 1963 ⁵⁶⁾, die zweite im Urteil vom 12. Februar 1952 ⁵⁷⁾ und die dritte schließlich im Urteil vom 15. Juni 1957 ⁵⁸⁾.

Zu welcher Verwirrung das bei den Instanzgerichten geführt hat, zeigt sich an den jeweiligen Vor-Entscheidungen:

52) BB 51, 456, LM 2, 3, 4 zu § 150 BGB.

53) Die vierte logisch denkbare Möglichkeit: Anerkennung der AGB beider Parteien ist rechtlich unmöglich.

54) BB 51, 456 (I. Senat).

55) LM 3 zu § 150 BGB (I. Senat).

56) LM 6 zu § 150 BGB (VII. Senat).

57) LM 2 zu § 150 BGB (I. Senat).

58) LM 5 zu § 150 BGB (VIII. Senat).

Das OLG Düsseldorf war bei seiner dem Urteil des BGH vom 12. Februar 1952 vorangehenden Entscheidung dem grundlegenden BGH-Urteil vom 19. Januar 1951 gefolgt und hatte die AGB des Zweitverweisenden für allein maßgeblich erklärt. Der BGH entschied sich dagegen nun für die des Erstantragenden.

Das OLG Hamm folgte dem BGH hierin in der Vorentscheidung zum Urteil vom 17. September 1954. Der BGH urteilte indes, die AGB des Zweitverweisenden seien Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts geworden.

Als das OLG München das nun für eine gefestigte Rechtsprechung hielt und entsprechend entschied (unter ausdrücklichem Hinweis auf die Entscheidung vom 17. September 1954), mußte es am 15. Juni 1957 erfahren, wegen Dissenses könnten auch sämtliche AGB beider Parteien ungültig sein.

Das OLG Hamm entschied sich daraufhin in einem ähnlichen Fall ebenfalls für Dissens. Der BGH kehrte dagegen in seiner Entscheidung vom 14. März 1963 wieder zur alleinigen Geltung der AGB des Zweitverweisenden zurück.

Diese Divergenzen zeigen, daß die Konsenslösung entgegen dem ersten Anschein ⁵⁹⁾ nicht einmal für die Gerichtspraxis den Vorteil der Rechtssicherheit besitzt. Für die Industrierjuristen wird eine exakte Beratung in Fragen der Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen bei einer so widersprüchlichen Rechtsprechung nahezu unmöglich ⁶⁰⁾. Beide, Rechts- und Wirtschaftspraxis, können daher von der Konsenslösung keine wirksame Hilfe erwarten.

3. Ungelöste Fragen

Neben diesen von der Rechtsprechung behandelten Fällen beiderseits ausdrücklicher Verweisungen kann es auch Fallge-

59) Oben vor I.

60) Flume § 37/3 (S. 676/677). Flume weist hier auch auf die prozeßrechtlichen Bedenken gegen diese Rechtsprechung hin, die entgegen § 549 ZPO selbständig - den Vorinstanzen widersprechend - Auslegungsfragen behandelt.

staltungen geben, in denen jede oder auch nur eine Partei sich stillschweigend auf die Geltung ihrer AGB verläßt, wie es z.B. im Geschäftsverkehr zwischen zwei Banken vorkommen kann ⁶¹⁾. Daneben sind auch Fälle denkbar, in denen eine oder auch beide Parteien den Vertrag gar nicht erfüllen, etwa, weil schon vorher wegen Nichteinhaltung der Lieferzeit durch die vorleistungspflichtige Partei Streit entsteht. Wie schon kurz erwähnt ⁶²⁾ hat sich die Rechtsprechung mit solchen Fallgestaltungen noch nicht befassen müssen. Es dürfte ihr auch schwer fallen, sie mit der üblichen Begründung befriedigend zu lösen.

Bei beiderseits "stillschweigenden" Verweisungen ⁶³⁾ kann weder die Reihenfolge der Vertragserklärungen noch die Intensität der Verweisungen ein Kriterium für die alleinige Geltung der AGB einer Partei sein, da es an solchen Erklärungen ja gerade fehlt.

Verweist eine Partei ausdrücklich auf ihre AGB, während die andere sich stillschweigend auf die Geltung ihrer Bedingungen verläßt, fehlt es ebenfalls an einer solchen Vergleichsmöglichkeit.

Beginnt keine Partei mit der Vertragserfüllung, so fehlt der Konsenslösung bereits der Ansatzpunkt für die von ihr postulierte stillschweigende Unterwerfung einer Partei. Das gleiche gilt, wenn nur diejenige Partei den Vertrag erfüllt, deren AGB wegen der Reihenfolge oder Intensität der Verweisungen Vertragsinhalt werden sollen.

Kommt umgekehrt nur die sich angeblich unterwerfende Partei ihren Verpflichtungen nach, dann wäre eine alleinige Geltung der AGB ausgerechnet der vertragsuntreuen Partei für die andere noch ungerechter, als sie es schon in den Fällen beiderseitiger Vertragserfüllung ist.

61) Beispiel von Koch S. 26 Fn. 53, s. auch Haupt S. 61/62.

62) Oben § 5 III.

63) Zu den Voraussetzungen vgl. oben § 3 II 2 c und d.

Die Konsenslösung kann somit auch diese Sonderfälle einander widersprechender AGB nicht befriedigend lösen.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich über die hauptsächlich von der Rechtsprechung vertretende Konsenslösung folgendes feststellen:

1. Bei der vorgegebenen Prämisse von der Einheit von Vertragserklärung und Verweisung ist der Lösungsweg methodisch nicht zu beanstanden.
2. Die Ansicht, eine Partei habe sich den AGB der anderen stillschweigend unterworfen (oder müsse sich jedenfalls so behandeln lassen), ist jedoch aus rechtstatsächlichen Gründen nicht haltbar.
3. Das damit erreichte Ergebnis der alleinigen Geltung aller AGB eines Partners ist für die unterliegende Partei ungerecht, da diese Benachteiligung sachlich nicht gerechtfertigt ist.
4. Bei konsequenter Anwendung der von ihr aufgestellten Anforderungen an das Verhalten der Parteien beim Vertragsschluß müßte die Konsenslösung zu untragbaren Folgerungen führen. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte hat sie bereits erhebliche Unsicherheit hervorgerufen.
5. Einige Fallgestaltungen (fehlende Vertragserfüllung sowie "stillschweigende Verweisung" einer oder beider Parteien) kann sie schließlich überhaupt nicht lösen.

Die Konsenslösung kann daher nicht als eine befriedigende Lösung des Problems einander widersprechender AGB angesehen werden.

§ 8 Die "Dissens-"Lösungen

I. Ergebnis

Gegenüber dieser "Konsens-"Lösung haben die verschiedenen "Dissenslösungen" ¹⁾ zumindest einen Vorzug: Das für die Betroffenen günstigere Ergebnis.

Da beide Parteien meist gleich viel, oder besser: gleich wenig für die Geltung ihrer AGB tun, und auch eine Interessenwertung regelmäßig keiner Partei ein entscheidendes Übergewicht gibt, erscheint es angemessener, den widersprechenden AGB beider Parteien die Geltung zu versagen, als eine Partei einseitig auf Kosten der anderen durch die alleinige Anerkennung ihrer AGB zu bevorzugen.

Damit ist zugleich der Vorteil einer gewissen Rechtssicherheit verbunden: Widersprüchliche Entscheidungen in gleichliegenden Fällen können hier im Gegensatz zur Konsenslösung nicht vorkommen; das Prozeßrisiko vermindert sich für die betroffenen Parteien.

Sie können bei den Dissenslösungen auch ihre allgemeinen Kostenrisiken leichter kalkulieren: Bei diesen Lösungen beurteilt sich der Inhalt eines nach dem Wegfall der AGB lückenhaften Einzelrechtsgeschäfts nach den Vorschriften des dispositiven Rechts. Die darin vorgesehene Risikoverteilung ist nicht nur von der Person des jeweiligen Vertragspartners und damit von den Umständen des Einzelfalls weitgehend unabhängig, sondern auch leicht überschaubar. Ein Unternehmer kann sie daher von vornherein bei der Berechnung seiner Leistung einkalkulieren. Anders bei der Konsenslösung: Siebürdet dem unterliegenden Partner mit der Anerkennung fremder AGB bei jedem Einzelrechtsgeschäft neue und vor allem bei jedem Vertragspartner andere Risiken auf, die er bei einer vorvertraglichen Kalkulation gar nicht erfassen kann.

1) Übersicht oben § 6 II.

Die Dissenslösungen bieten daher gegenüber der Konsenslösung nicht nur das für die Beteiligten gerechtere, sondern auch das sicherere und betriebswirtschaftlich günstigere Ergebnis. Zumindest deswegen kann man ihr daher eher zustimmen als der Konsenslösung.

II. Lösungsweg

Im Lösungsweg weisen diese beiden Versuche geringere Unterschiede auf. Schon bei der Untersuchung der Konsenslösung wurde angedeutet, daß die Dissenslösungen im Grunde genommen auf die gleiche Weise an die Lösung des Problems einander widersprechender AGB herangehen ²⁾:

Auch sie unterstellen die Untrennbarkeit von Individualabreden und AGB-Verweisungen ³⁾ und kommen dann unter Anwendung des Konsensualprinzips folgerichtig zum Dissens. Wenn sie dann versuchen, das daraus entstehende Problem der Wirksamkeit der Einzelrechtsgeschäfte durch Auslegung des beiderseitigen Parteiverhaltens unmittelbar aus den §§ 154, 155 BGB zu lösen, ist das methodisch ebensowenig zu beanstanden wie der Versuch der Konsenslösung, über die §§ 150 II, 242 BGB zu einer einseitigen "Unterwerfung" zu gelangen. Beide Wege sind konstruktiv möglich.

Auch hier liegen daher die Ansatzpunkte für eine kritische Betrachtung weniger im Lösungsweg als in der Begründung für die Wirksamkeit der Einzelrechtsgeschäfte ⁴⁾.

2) Oben § 7 I (S. 43/44).

3) Zur abweichenden Ansicht von Krause s. unten unter II 3.

4) Soweit schlicht behauptet wird, die AGB beider Parteien würden "sich gegenseitig aufheben" (oben § 6 II 1, S. 35 f), fehlt jeder Anhaltspunkt für eine Kritik. Auf diese Ansicht kann daher im folgenden nicht eingegangen werden.

III. Begründung

1. Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts ohne AGB durch "schlüssiges" Verhalten?

Wenn ein Teil der Literatur die Gültigkeit der unter widersprechenden Verweisungen abgeschlossenen Geschäfte grundsätzlich verneint, weil eine vollständige Einigung der Parteien über alle Vertragspunkte nicht vorliege ⁵⁾, erscheint das angesichts der Auslegungsregel des § 154 BGB zunächst einleuchtend. Wenn aber dann versucht wird, aus der stillschweigenden Vertragserfüllung der Parteien den Abschluß eines neuen Einzelrechtsgeschäfts ohne AGB zu konstruieren, ist das ebenso bedenklich, wie die Ansicht der Konsenslösung von der "stillschweigenden Unterwerfung".

Beide Ansichten müssen sich notwendig auf die Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung stützen ⁶⁾. Da der Grundsachverhalt bei beiden gleich ist, bestehen gegen beide auch die gleichen Bedenken: Hier wie dort fehlt es regelmäßig an allen Voraussetzungen dieser Lehre. Das beginnt bereits beim äußeren Tatbestand der angeblichen "neuen" Vertragserklärungen ohne AGB:

So wenig das Verhalten einer Partei den Schluß auf eine Unterwerfung rechtfertigt, so wenig ist es auch gerechtfertigt, daraus den Schluß auf einen AGB-Verzicht zu ziehen. Das gilt vor allem für das Verhalten der Partei, die zuletzt auf ihre AGB verweist und zuerst mit der Vertragserfüllung beginnt. Angesichts der dieser Handlung unmittelbar vorausgehenden ausdrücklich anders lautenden Erklärung (Verweisung) gibt es nichts, was den Erstverweisenden zu der Annahme berechtigen könnte, sein Vertragspartner wolle plötzlich ohne weiteres aus eigenem Antrieb auf seine AGB verzichten. Noch wirklichkeitsfremder ist die Annahme, eine Partei, die tat-

5) Angaben oben § 6 II 2 Fn. 8.

6) Sie wird von den Vertretern dieser Ansicht allerdings nicht ausdrücklich erwähnt.

sächlich einen solchen Schluß zieht, würde dann auch ihrerseits großmütig auf ihre AGB verzichten, weil sie auf sie "keinen Wert" ⁷⁾ mehr lege.

Neben diesem objektiven Tatbestand dürften auch hier regelmäßig die subjektiven Merkmale echter stillschweigender Willenserklärungen fehlen ⁸⁾. Die Möglichkeit, Willenserklärungen mit Rücksicht auf den Verkehr notfalls zu fingieren ⁹⁾, hilft hier überhaupt nicht weiter, da ein Vertrag niemals durch beiderseits "fingierte" Willenserklärungen zustandekommen kann.

Diese Ansicht vom stillschweigenden Abschluß neuer Einzelrechtsgeschäfte ohne AGB versagt außerdem in allen Fällen, in denen nur eine oder keine Partei den Vertrag erfüllt ¹⁰⁾. Insgesamt stellt sie daher gegenüber der Konsenslösung keinen wesentlichen Fortschritt dar.

2. Wirksamkeit des ursprünglichen Geschäfts nach §§ 139, 154, 155 BGB?

Bei der zahlenmäßig stärksten Gruppe innerhalb der verschiedenen Dissenslösungen, die das ursprüngliche Rechtsgeschäft nach §§ 139, 154 und/oder 155 BGB aufrecht zu erhalten versucht ¹¹⁾, bietet sich als erster Ansatzpunkt kritischer Betrachtungen schon der Versuch einzelner Autoren an, die verschiedenartigen Fallgestaltungen einander widersprechender Verweisungen prinzipiell nur mit einer dieser Vorschriften zu erfassen.

a) § 139 BGB?

Es erscheint zunächst nicht recht verständlich, was § 139

7) So aber Hase S. 26.

8) S. oben § 7 II 2.

9) Vgl. dazu oben § 7 II 1.

10) Über die Lösungsbedürftigkeit dieser Fälle s. oben § 7 III 3.

11) Angaben oben § 6 II 3-6.

BGB mit Dissensproblemen zu tun haben soll ¹²⁾. Stimmen einheitliche Vertragserklärungen nicht überein, dann ist nicht nur der nicht übereinstimmende "Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig" (§ 139 BGB), sondern die Wirksamkeit des gesamten Geschäfts von vornherein in Frage gestellt ¹³⁾. Wenn das Gesetz ein Rest-Geschäft in den §§ 154, 155 BGB trotz eines Einigungsmangels ausnahmsweise für wirksam erklärt, entscheidet es damit gleichzeitig positiv über die Frage der Teilnichtigkeit. § 139 BGB ist insoweit gegenüber dieser Sonderregelung subsidiär ¹⁴⁾ und daher auf das Problem einander widersprechender AGB nicht anwendbar, zumindest solange nicht, wie man an der Einheit von Individualvereinbarungen und Verweisungen festhält.

b) § 154 oder § 155 BGB?

Nicht ganz erklärlich ist auch der Streit, ob diese Frage prinzipiell nach § 154 oder § 155 BGB zu beurteilen sein soll ¹⁵⁾. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften richtet sich danach, ob ein "offener" oder ein "versteckter" Einigungsmangel vorliegt. Dies ist wiederum eine einfache Tatfrage danach, ob die Parteien den Einigungsmangel beim Vertragsschluß kannten oder nicht ¹⁶⁾.

Auf den Grund einer Unkenntnis kommt es dabei ebenso wenig an, wie auf die Wichtigkeit der vom Dissens betroffenen Punkte:

12) Vgl. dazu die Angaben oben § 6 II 6 Fn. 15.

13) "Die Verhinderung" des Zustandekommens "liegt vor der Nichtigkeit eines äußerlich zustandegekommenen Vertrags", Manigk JhJb 75, S. 121 ff, 201, s. auch Pawlowski S. 2 mit Fn. 7 und Soergel-Lange § 154, 2, sowie RG Recht 29, Nr. 1461.

14) Vgl. Staud.-Coing § 155 3 aE. Allg. zur Subsidiarität des § 139: Flume § 32/4 (S. 576) und Soergel-Hefermehl § 139 RdzF. 24 ff.

15) S. oben § 6 II 3 und 4.

16) Allg. Ansicht: vgl. Enn.-Nipperdey § 163 I und II (S. 1002 f), Flume § 34/4 (S. 622), Lange § 40 (S. 250), Larenz AT § 33 III (S. 509), Lehmann-Hübner § 33 IV (S. 246 f), RGRK (Krüger-Nieland) § 155 Anm. 1, Soergel-Lange § 154, 1 und Staud.-Coing § 154, 1 aE und § 155, 1.

Das BGB hat in § 154 anders als in anderen Bestimmungen¹⁷⁾ eine fahrlässige Unkenntnis der positiven Kenntnis bewußt nicht gleichgestellt. Angesichts der besonderen Regelung des unbewußten Einigungsmangels in § 155 BGB bestand dafür auch kein Anlaß. Es ist daher nicht zulässig, die Fälle einander widersprechender AGB prinzipiell nur § 154 BGB zuzuordnen, weil die Parteien die Diskrepanz ihrer Bedingungen "hätten erkennen müssen"¹⁸⁾.

Genau so wenig kann man das Problem nur unter § 155 BGB einordnen, weil die AGB "im subjektiven Sinn nicht als Punkte anzusehen" seien, "über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen" werden solle¹⁹⁾. Von der Fragwürdigkeit dieser Behauptung einmal abgesehen - immerhin erklären die Parteien doch zunächst ausdrücklich das Gegenteil! -, ist die subjektive oder objektive Bedeutung der vom Dissens betroffenen Regelungen für die Einordnung unter § 154 oder § 155 BGB nicht entscheidend²⁰⁾. Sie gehört nicht zum Tatbestand dieser Vorschriften, sondern bestimmt nur die Rechtsfolgen:

Ein nicht erkannter Einigungsmangel ist auch dann nach § 155 BGB zu beurteilen, wenn er einen wesentlichen Punkt betrifft. Nur die Folgen entsprechen dann der Regel des § 154 BGB: Der Vertrag ist (nach § 155 BGB!) unwirksam, weil dann eben nicht "anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde".

Umgekehrt bleibt ein den Parteien bekannter Einigungsmangel auch dann ein Fall des § 154 BGB, wenn er einen unwesentlichen Punkt betrifft. Nur lassen sich in diesem Fall die

17) Z.B. §§ 122 II, 179 III 1, 307 I 2 u.a.

18) So aber Stahl DB 56, 681, Zoepke DB 48, 410.

19) So v.Godin § 346 Anm. 17 d (S. 65), Lukes JuS 61, 306.
Weitere Angaben oben § 6 II 4 Fn. 11.

20) Soergel-Lange § 154, 1; Staud.-Coing § 154 I aE und § 155 1.

"Zweifel" des § 154 BGB leichter ausräumen, so daß man im Ergebnis eher zur Wirksamkeit des Rest-Geschäfts kommen kann.

Man kann daher das Problem einander widersprechender AGB nicht prinzipiell nur einer dieser Vorschriften zuordnen, sondern muß die Lösung je nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls entweder in § 154 oder in § 155 BGB suchen.

Hat man das Problem so einer dieser Vorschriften zugeordnet, fragt es sich weiter, ob die darin genannten Voraussetzungen für die Wirksamkeit des jeweiligen Rest-Geschäfts erfüllt sind, ob also die Parteien sich trotz eines erkannten Einigungsmangels rechtlich zweifelsfrei binden wollten (§ 154 I BGB) oder ob sie den Vertrag bei Kenntnis der Abweichungen auch ohne die widersprechenden AGB geschlossen hätten (§ 155 BGB). Da sich beide Parteien meist nicht ausdrücklich dazu äußern, versuchen die Vertreter dieser Dissenslösungen, ihren Willen durch Auslegung zu ermitteln. Anknüpfungspunkt ist auch hier wieder die Vertragserfüllung.

aa) Begründung bei offenem Dissens

Da § 154 I BGB nur "im Zweifel" gilt, kann ein Vertrag trotz eines offenen Dissenses wirksam zustande kommen, wenn sich aus den Umständen eindeutig ergibt, daß beide Parteien sich ohne Rücksicht auf die offen gebliebenen Punkte endgültig binden wollten ²¹⁾.

Mit den Autoren, die das Problem widersprechender AGB nach § 154 I BGB lösen wollen, wird man diesen beiderseitigen Bindungswillen regelmäßig dann bejahen können, wenn beide Parteien positiv wissen, daß die jeweils andere ihre eigenen AGB zum Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts machen wollte, wenn sie es aber dann bewußt unterlassen, diese Frage zu klären, um das Geschäft daran nicht scheitern zu lassen, sondern trotz-

21) Allg. Ansicht. Vgl. aus der Rechtsprechung schon RGZ 60, 174, 178 und aus neuerer Zeit BGH LM § 154 I, DB 65, 1589, WM 66, 142, 143. Aus der Literatur statt aller: Flume § 34/6 (S. 629) und Soergel-Lange § 154 7.

dem den Vertrag in allen wesentlichen Punkten erfüllen. Eine Partei, die bei dieser Sachlage nachträglich die Unwirksamkeit des Vertrags wegen offenen Dissenses geltend machen wollte, würde arglistig handeln. Als "venire contra factum proprium" wäre dieser Einwand unbeachtlich ²²⁾.

Zweifelhafter ist es bereits, ob das auch dann gilt, wenn die Parteien nur einzelne Vertragsbestimmungen erfüllen. Hier besteht keine Vermutung dafür, daß regelmäßig der ganze Vertrag als abgeschlossen gelten soll ²³⁾. Es müßten daher schon weitere Umstände hinzukommen, die auf einen solchen beiderseitigen Willen schließen lassen. Das gilt in erhöhtem Maß, wenn nur eine Partei mit der Vertragserfüllung beginnt. In diesen Fällen, die gerade mit Rücksicht auf die "vertrags-treue Partei befriedigend gelöst werden müßten ²⁴⁾, wird man in der Regel nicht feststellen können, daß beide Parteien sich bereits vertraglich fest binden wollten. Das trifft erst recht dann zu, wenn keine Partei mit der Vertragserfüllung beginnt ²⁵⁾.

Als Anhaltspunkte für eine Auslegung des Parteiwillens stehen hier praktisch nur die beiderseitigen Vertragserklärungen zur Verfügung. Diese enthalten zwar nicht selten Regelungen für den Fall einer Teilnichtigkeit von AGB, indem sie etwa bestimmen ²⁶⁾:

22) So mit Recht speziell für den Fall der bewußten Vertragserfüllung bei einander widersprechenden AGB: BGH LM § 150 5; vgl. auch Flume a.a.O. und Schmidt-Salzer BB 68, S. 69, der allerdings meint, § 154 sei wegen des Desinteresses der Parteien gar nicht anwendbar.

23) Allg. Ansicht. Vgl. BGH LM § 154 1, Enn.-Nipperdey § 163 I Fn. 7 (S. 1003), Soergel-Lange § 154 7, Staud.-Coing § 154 4.

24) S. oben § 7 III 3.

25) Zur Interessenlage der Parteien in diesen Fällen s. oben § 7 II, 2.

26) Weitere Beispiele bei Naendrup S. 36 Fn. 18. N. gibt die Häufigkeit solcher Klauseln mit ca. 20 % an.

"Der Vertrag bleibt auch bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen in seinen übrigen Teilen verbindlich" ²⁷⁾).

Daraus wird man aber nur dann auf einen Fortgeltungswillen schließen dürfen, wenn sich die wegen des Dissenses eintretende Unwirksamkeit tatsächlich nur auf "einzelne" Klauseln beschränkt. Erfasst der Einigungsmangel die Mehrzahl oder gar alle AGB, dürfte es sehr zweifelhaft sein, ob dann mit dieser Klausel wirklich eine Weitergeltung des Restvertrages gewollt ist. Wenn diese Zweifel nicht im konkreten Fall eindeutig ausgeräumt werden können, wird man die Wirksamkeit des Rest-Geschäfts nach § 154 I BGB kaum bejahen können.

Da außerdem § 154 BGB schon tatbestandsmäßig auf alle Fälle nicht anwendbar ist, in denen die Parteien sich des Widerspruchs ihrer AGB nicht bewußt sind, etwa, weil beide glauben, nur ihre AGB seien Inhalt des Vertrags geworden ²⁸⁾, sind die Möglichkeiten, das Problem einander widersprechender AGB über diese Vorschrift zu lösen, nur auf einen Teil der denkbaren Fallgestaltungen beschränkt.

Immerhin bleibt festzuhalten, daß innerhalb dieses beschränkten Anwendungsbereichs Fälle denkbar sind, die mit Hilfe des § 154 I BGB befriedigend gelöst werden können. Wenn sich für § 155 BGB ähnliches sagen ließe, könnte man mit einer kombinierten Anwendung beider Vorschriften möglicherweise schon zu recht guten Ergebnissen kommen.

bb) Begründung bei verstecktem Dissens

Da die Autoren, die das Problem nach § 155 BGB lösen wollen, ebenfalls an die Vertragserfüllung anknüpfen, um zu der Feststellung zu kommen, daß die Parteien ihre Verträge bei Kenntnis des Einigungsmangels auch ohne ihre AGB geschlossen hätten, können sie aus den soeben dargelegten Gründen schon alle Fälle nicht lösen, in denen nur eine Partei mit der Vertragserfüllung beginnt.

27) Muster des Deutschen Stahlbau-Verbandes für Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Lieferung von Stahlbauten, E b1.

28) S. oben unter 2, b.

Ist damit bereits der Kreis der lösungsfähigen Fallgestaltungen eingeschränkt, so erscheint es darüberhinaus auch grundsätzlich bedenklich, die Vertragserfüllung überhaupt als Ansatzpunkt für die Ermittlung dieses mutmaßlichen Willens zu benutzen:

Bei einem versteckten Dissens wissen die Parteien ja beim Vertragsschluß nicht, daß sie sich in Wirklichkeit nicht über alle Punkte geeinigt haben. Wenn sie diese Kenntnis nicht vorher erlangen, erfüllen sie daher den Vertrag, weil sie glauben, daß er perfekt und sie somit zur Leistung verpflichtet seien. Wenn aber dieses Verhalten gerade von ihrer Unkenntnis beeinflußt ist, kann es nichts darüber aussagen, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie den Einigungsmangel gekannt hätten. Die Tatsache der Vertragserfüllung ist daher grundsätzlich wertneutral und läßt daher regelmäßig keinen hinreichend sicheren Schluß darauf zu, daß die Parteien das Geschäft bei Kenntnis des Einigungsmangels auch ohne ihre AGB geschlossen hätten. Zweifel in dieser Hinsicht führen aber, wie beim offenen Dissens, zur Unwirksamkeit des Gesamtgeschäfts²⁹⁾.

Ein sicherer Schluß auf diesen mutmaßlichen Willen läßt sich - entgegen der bei § 155 BGB immer wieder vorgetragenen Ansicht³⁰⁾ - auch nicht allein aus der Tatsache ziehen, daß die Parteien die Frage der Geltung ihrer AGB beim Vertragsschluß nicht ausdrücklich geklärt haben. Dieses Verhalten ist die Ursache des Einigungsmangels, aber kein Mittel, seine Folgen zu beseitigen. Wenn das möglich wäre, könnte man bei jedem versteckten Dissens die Wirksamkeit des jeweiligen Einzelrechtsgeschäfts bejahen, weil es ja gerade typisch ist, daß die Parteien den Dissens durch mangelnde Sorgfalt bei den Vertragsverhandlungen verursachen.

29) Vgl. Enn.-Nipperdey § 163 II (S. 1003), Flume § 34/7 (S. 634), Soergel-Lange § 155 16 und Staud.-Coing § 155 3.

30) Vgl. die Angaben oben § 6 II 4 mit Fn. 12 und 13.

Gegen die Ansicht, bei widersprechenden AGB der Vertragspartner könne man regelmäßig annehmen, die Parteien hätten ihr Einzelrechtsgeschäft auch ohne ihre AGB abgeschlossen, spricht aber vor allem die Tatsache, daß beide Parteien beim Vertragsschluß ausdrücklich auf sie verwiesen haben. Wenn man wie alle Vertreter dieser Dissenslösung davon ausgeht, die AGB seien integrierter Bestandteil der Vertragserklärungen und damit grundsätzlich ebenso "gewollt" wie die Individualabreden, ja, sie trügen sogar "Imperativ"-Charakter ³¹⁾, so verträgt sich das nur schwer mit dieser Annahme vom mutmaßlichen Verzicht bei widersprechenden AGB des jeweiligen Partners. Man degradiert auf diese Weise praktisch die Verweisung von einer final gesetzten Regelung zu einem nicht unbedingt "gewollten" Wunsch, den verbindlichen "Imperativ" zum unverbindlichen Optativ.

Bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens der Parteien darf man auch nicht außer acht lassen, daß AGB gelegentlich auch die Individualabreden beeinflussen ³²⁾, z.B. als Kalkulationsbestandteile den Preis einer Leistung. In bestimmten Branchen können bestimmte AGB geradezu lebensnotwendig sein, wie z.B. die Ersetzung des Wandlungsrechts durch Nachbesserungsansprüche oder der Ausschluß mittelbarer Schäden durch die Automobilindustrie, die Einhaltung technischer Normen in der feinmechanischen Industrie u.ä. In allen diesen Fällen kann man den Parteien kaum unterstellen, sie hätten das Einzelrechtsgeschäft in der gegebenen konkreten Form auch ohne ihre AGB geschlossen ³³⁾.

Erscheint somit der Schluß auf einen solchen hypothetischen Willen regelmäßig schon in den Fällen einfacher Verwei-

31) Lukes Festschrift S. 476 mit Fn. 70 im Anschluß an Olivecrona.

32) Vgl. dazu v. Brunn S. 34 ff m. Nachw., Herschel DR 40, 1453, Naendrup S. 36 ff, Schneider NJW 54, 133 Fn. 8. Näheres zu AGB als Preisbestandteilen unten § 16 II 2.

33) Für die ähnliche Argumentation bei § 139 BGB ebenso ablehnend: Mroch S. 50 Fn. 197, Naendrup S. 36 ff, Raiser S. 321.

sungen ("Modellfall") bedenklich, so gilt das erst recht, wenn beide Parteien versuchen, ihre AGB mit den oben erwähnten "starken" Verweisungen durchzusetzen ³⁴⁾. Mit Recht hat RAISER dazu festgestellt, wenn man solche Klauseln ernst nehmen wolle, könne man nur zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts kommen ³⁵⁾.

Vieles spricht somit gegen die Auffassung der Vertreter dieser Dissenslösung, die Parteien hätten bei Kenntnis des Einigungsmangels das Geschäft auch ohne ihre AGB abgeschlossen. Die von ihnen angestrebte Wirksamkeit des Restgeschäfts wird man daher entgegen ihrer Ansicht nur dann bejahen können, wenn besondere Umstände zweifelsfrei den Schluß auf einen solchen mutmaßlichen Willen zulassen. Das kann z.B. dann der Fall sein, wenn beide Parteien den Einigungsmangel nach dem Vertragsschluß erkennen und trotzdem den Vertrag erfüllen. Insoweit müßte das oben zu § 154 BGB Ausgeführte entsprechend gelten ³⁶⁾. Auch die besondere Art der Vertragserfüllung kann für eine solche Annahme sprechen, wenn die Parteien z.B. dabei von ihren Bedingungen abweichen, indem sie etwa trotz des Ablaufs einer in den AGB gesetzten Ausschußfrist Mängelrügen annehmen, anstandslos Wechsel hereinnehmen, obwohl die AGB Barzahlung vorschreiben usw. ³⁷⁾. Dies sind jedoch atypische Fälle, Ausnahmen, die die Regel bestätigen, daß die Parteien das Geschäft bei Kenntnis ihres Einigungsmangels im Zweifel nicht ohne ihre AGB, jedenfalls nicht in der ursprünglichen Form abgeschlossen hätten.

Damit läßt sich die allseits angestrebte Wirksamkeit des Rest-Vertrags regelmäßig auch über § 155 BGB nicht erreichen.

34) Beispiele oben § 7 III 1.

35) S. 224.

36) Oben unter aa).

37) Selbst hier ist schon Vorsicht geboten, da dies Verhalten auch auf freiwilliger "Kulanz" ohne Anerkennung irgendwelcher rechtlicher Verpflichtungen beruhen kann.

3. Teilnichtigkeit der AGB bei Trennung von AGB und Individualabreden?

Die von KRAUSE vorgeschlagene Lösung, die Vertragserklärungen der Parteien in einen AGB- und einen Individualteil aufzuspalten und beide Teile rechtlich unterschiedlich zu behandeln ³⁸⁾, hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes:

Zum ersten Mal scheint damit ein Weg gefunden zu sein, der die erstrebte Wirksamkeit des Restgeschäfts von dem - wie sich gezeigt hat kaum jemals zweifelsfrei feststellbaren - Willen der Parteien löst. Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluß spielt ebenso wenig eine Rolle, wie die Art der Verweisungen. Die Schwierigkeiten, die sich für alle bisher behandelten Lösungen aus der Notwendigkeit ergeben, aus diesen Tatsachen Schlüsse auf einen bestimmten Parteiwillen zu ziehen, werden auf diese Weise umgangen.

a) Die Problematik seines Vorschlags hat KRAUSE selbst erkannt. Sie liegt vor allem darin, "die Zweiteilung des Erklärungsinhalts und seine unterschiedliche Behandlung rechtlich zu begründen" ³⁹⁾. Man muß bezweifeln, ob sich dies allein damit rechtfertigen läßt, die Verweisungen seien "anders strukturiert" als gewöhnliche rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, weil AGB kein Mittel mehr seien, "den Individualwillen ... in technisch vereinfachter Weise zum Ausdruck zu bringen, sondern ... ein Mittel, den Gegner anläßlich eines Vertragsschlusses unter eine Sonderordnung zu zwingen" ⁴⁰⁾.

Es ist seit langem bekannt und heute praktisch unstreitig, daß AGB unter anderem auch diesem Zweck dienen ⁴¹⁾. Die Annahme, dies sei inzwischen das einzige Motiv ihrer Verwendung geworden, wird aber den tatsächlichen Verhältnissen wohl kaum gerecht. Es ist schon zu Beginn dieser Arbeit dargelegt wor-

38) BB 52, 996 ff, s. auch oben § 6 II 7.

39) a.a.O. S. 997 unter II 3 aE.

40) a.a.O. S. 998.

41) S. oben I 1 II 4.

den ⁴²⁾, daß die Verwendung vorformulierter Vertragsinhalte mannigfaltige Gründe haben kann, daß sie neben dem - an sich nicht illegitimen - Bestreben, die eigene Rechtsposition zu verstärken z.B. Rationalisierungsgründe hat, daß sie der Anpassung unpassender Normen an spezielle Bedürfnisse bestimmter Wirtschaftszweige dienen soll u.a.m. Warum diese vielfältigen Motive, deren Existenz bisher nie bezweifelt worden ist, jetzt sämtlich diesem Machthunger der Parteien gewichen sein sollen, ist nicht ersichtlich.

Ob sich die von KRAUSE vorgeschlagene Trennung der Vertragserklärungen eventuell aus anderen Gründen rechtfertigen ließe, kann hier zunächst dahingestellt bleiben ⁴³⁾, da seine Lösung unabhängig von diesem Ausgangspunkt noch anderen Bedenken begegnet: Es fragt sich nämlich, ob man mit der Zerteilung der Vertragserklärungen wirklich erreichen kann, daß sich die Teilnichtigkeit der AGB nicht auch auf den Bestand des Restgeschäfts auswirkt.

b) Betrachtet man die Einigung der Parteien im Hinblick auf die §§ 154 I, 155 BGB getrennt nach Individualabreden und AGB, dann wirkt sich zwar ein Einigungsmangel über die AGB nicht unmittelbar nach diesen Vorschriften auf den Bestand der Individualabreden aus. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß damit nur ein scheinbarer Vorteil gewonnen wird:

Wenn man, wie KRAUSE, AGB als einen - wenn auch abtrennbaren - Teil eines Rechtsgeschäfts ansieht, stellt sich bei der Unwirksamkeit dieses "besonderen Vertragsteils" ⁴⁴⁾ unabhängig von der gesetzlichen Dissensregelung sogleich die Anschlußfrage nach der Wirksamkeit der von der Nichtigkeit nicht unmittelbar betroffenen restlichen "Teile". Wie die §§ 154, 155 BGB beantwortet auch der dann maßgebliche § 139 BGB sie grundsätzlich negativ.

42) Oben § 1 II.

43) Näheres dazu unten §§ 12 und 13.

44) Krause a.a.O. S. 997.

KRAUSE verschiebt damit die Lösung des Problems lediglich von § 154 oder § 155 BGB auf den in seinen Erfordernissen im wesentlichen gleichen § 139 BGB. Die Probleme, die sich im Bereich der AGB aus dieser Vorschrift ergeben, sind bekannt⁴⁵⁾. Ohne nähere Auseinandersetzung mit ihnen kommt man der Lösung des Problems einander widersprechender AGB daher auch bei einer Trennung von AGB und Individualabreden nicht näher.

c) Nicht ganz unbedenklich erscheint bei diesem Lösungsvorschlag auch, daß der Wille der beteiligten Parteien für die Wirksamkeit des Restgeschäfts grundsätzlich ohne Bedeutung sein soll, wenn sie sich nur über die Individualabreden einig seien. KRAUSE hat selbst erkannt, daß damit der Wille mindestens "des Annehmenden, der in einer Reihe von Fällen ohne Durchsetzung seiner eigenen Bedingungen nicht abgeschlossen hätte, in gewisser Weise beiseite geschoben wird"⁴⁶⁾. Er hält das jedoch für unerheblich: Ein Kaufmann, der das nicht wolle, müsse eben darauf bedacht sein, seinen AGB dieselbe einwandfreie vertragliche Basis zu verschaffen wie seinen individuellen Abmachungen⁴⁷⁾.

Man mag bezweifeln, ob diese Argumentation die Nichtberücksichtigung des Willens einer Partei hinreichend rechtfertigen kann. Sie kann es sicher dann nicht, wenn - was KRAUSE nicht behandelt - beide Parteien das Kerngeschäft ohne ihre AGB nicht abgeschlossen hätten. Der Wille der Parteien kann daher bei der Lösung des Problems nicht völlig außer acht gelassen werden. Mag er sich vielleicht auch nicht positiv auf den Fortbestand des teilnichtigen Geschäfts richten müssen, so muß er doch insoweit berücksichtigt werden, wie er sich negativ gegen diese Fortgeltung richtet.

45) Aus der nahezu unübersehbar gewordenen Literatur vgl. aus jüngerer Zeit: Naendrup S. 36 ff und Weber N. 359-372 jew. mit ausf. Nachweisen aus Lehre und Rechtsprechung. Näheres zur Problematik des § 139 BGB auch unten § 16 mit weiteren Angaben.

46) a.a.O. S. 997 unter II 3 aE.

47) a.a.O. S. 998 unter III aE.

d) Es muß schließlich noch angemerkt werden, daß KRAUSES Lösung ⁴⁸⁾ im Ergebnis auch wenig Raum läßt für sachliche Differenzierungen:

Wenn bei jeder gegensätzlichen Verweisung grundsätzlich auf beiden Seiten sämtliche AGB fortfallen sollen, können dabei auch Bedingungen betroffen werden, die für beide Parteien wertvoll sind. Es ist an sich nicht einzusehen, warum solche übereinstimmenden AGB nur als "Auslegungsmittel" für die Ausfüllung der durch ihren Wegfall entstehenden Vertragslücken in Frage kommen sollen ⁴⁹⁾, wenn beide Parteien sie übereinstimmend zum Inhalt ihres Einzelrechtsgeschäfts machen wollten.

Daneben dürfte es auch nicht unbedingt gerechtfertigt sein, grundsätzlich allen AGB beider Parteien die Wirksamkeit zu versagen, wenn eine Partei nur wenige oder gar nur eine (z.B. eine Gerichtsstands-) Klausel verwendet, die andere dagegen ein ausgebildetes Normenwerk mit einer Vielzahl von Einzelregelungen.

Insgesamt betrachtet kann daher auch KRAUSES Lösungsvorschlag trotz mancher interessanter Ansatzpunkte noch nicht restlos befriedigen.

IV. Zusammenfassung

Die Untersuchung der verschiedenen Dissenslösungen läßt sich somit wie folgt zusammenfassen:

1. Das Ergebnis dieser Lösungen (Unwirksamkeit der beiderseitigen AGB bei Aufrechterhaltung des Kerngeschäfts) entspricht im allgemeinen den beiderseitigen Interessen und den tatsächlichen Verhältnissen besser als das der Konsenslösung. Einzelfragen bleiben jedoch noch offen.

48) Das gilt z.T. auch für die Ergebnisse der anderen Dissenslösungen, vgl. oben § 6 III 1.

49) So der Vorschlag von Raiser S. 225.

2. Der zumeist beschrittene Lösungsweg über eine direkte Anwendung der §§ 154, 155 BGB ist bei der Prämisse einer Untrennbarkeit von AGB und Individualabreden methodisch ebensowenig zu beanstanden, wie der Weg der Konsenslösung über § 150 II BGB.

Die Ansicht, aus der Vertragserfüllung könne man regelmäßig darauf schließen, die Parteien hätten das jeweilige Einzelrechtsgeschäft auch ohne ihre AGB abgeschlossen, ist meist nur bei offenem Dissens (§ 154 BGB), in aller Regel aber nicht bei verstecktem Einigungsmangel (§ 155 BGB) gerechtfertigt. Wenn eine oder beide Parteien den Vertrag nicht erfüllen, versagt diese Begründung ohnehin.

3. Der Versuch KRAUSEs, AGB und Individualvereinbarungen jeweils für sich nach den §§ 154, 155 BGB zu bewerten, ist dogmatisch noch nicht genügend fundiert. Er verlagert zudem das Problem nur von den §§ 154, 155 BGB auf die gleichgelagerte Problematik des § 139 BGB.

Auch die verschiedenen Dissenslösungen können daher das Problem einander widersprechender AGB noch nicht befriedigend lösen.

4. Abschnitt: Konsequenzen

§ 9 Notwendigkeit weiterer Untersuchungen

I. Bisherige Ergebnisse

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß die uneingeschränkte Anwendung des gesetzlichen Konsensprinzips auf Verträge, in denen beide Parteien eigene, einander widersprechende AGB verwenden, notwendig zum Dissens und damit zur Unwirksamkeit der gesamten Einzelrechtsgeschäfte führen muß. Es hat sich gezeigt, daß dies Ergebnis in der Regel weder durch eine Auslegung des Parteiwillens ¹⁾ noch (jedenfalls nicht

1) "Konsens-" und "Dissens-"Lösungen: Oben § 7 und § 8 II 1-2.

ohne weiteres) durch eine Aufspaltung der Vertragserklärungen in einen Individual- und einen AGB-Teil ²⁾ vermieden werden kann. Für den ersten, vom Gesetz in den §§ 154, 155 BGB selbst vorgesehenen Ausweg fehlt es in den meisten Fällen an tatsächlichen Anhaltspunkten; der zweite, im Ansatz so vielversprechende Weg verlagert das Problem - abgesehen von der Frage wie man die Trennung begründen soll - nur von den §§ 154, 155 BGB auf § 139 BGB.

II. Bewertung der erzielten Resultate

Bevor nun untersucht wird, ob sich die allgemein angestrebte Wirksamkeit wenigstens der Kerngeschäfte (ohne AGB) auf anderen Wegen erreichen läßt, muß zunächst gefragt werden, ob man es nicht bei der grundsätzlichen Unwirksamkeit belassen kann.

Es ist im Verlauf der Untersuchung bereits mehrfach angelungen, daß dies - jedenfalls als Regel - nicht erwünscht sein kann:

Zwar mag die generelle Unwirksamkeit der gesamten Einzelrechtsgeschäfte insofern ganz heilsam erscheinen, als die Unternehmer dadurch gezwungen würden, auf die Geltung ihrer AGB mehr Sorgfalt zu verwenden. Auch sind durchaus Fallgestaltungen denkbar (z.B. bei beiderseits noch nicht erfüllten Verträgen), in denen beide Parteien lieber auf die Durchführung eines Vertrags als auf die Geltung ihrer AGB verzichten wollen.

In der Regel wird eine Unwirksamkeit des gesamten Geschäfts mindestens einer Partei, meist sogar beiden Vertragspartnern unerwünscht sein, da sie ja, wie der Vertragsschluß zeigt, an der jeweiligen Gegenleistung interessiert sind, auf die sie dann keinen Anspruch mehr haben. In der Praxis kommt es meist auch erst dann zum Streit, wenn sich bei der Ver-

2) Krauses Versuch, oben § 8 II 3.

tragserfüllung Leistungsstörungen einstellen. Wie die in der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fälle zeigen, wollen die Parteien dann meist am Vertrag festhalten; in keinem dieser Fälle hat sich, jedenfalls soweit ersichtlich, eine der Parteien auf die Unwirksamkeit des Gesamtgeschäfts berufen. Das zeigt, daß die Parteien regelmäßig an der Aufrechterhaltung des Einzelrechtsgeschäfts interessiert sein dürften ³⁾.

Eine generelle Unwirksamkeit aller mit widersprechenden AGB geschlossenen Verträge muß auch aus allgemeinen rechtspolitischen, praktischen und volkswirtschaftlichen Gründen unerwünscht sein:

Rechtspolitisch wäre dies bedenklich, weil sich sonst jede Partei trotz des einmal formell geschlossenen Vertrags, bei dessen Abschluß sie sich um die AGB nicht sonderlich gekümmert hat, später auf dessen Unwirksamkeit berufen könnte, nur weil diese AGB (vielleicht nur in einem für das Vertragsganze unwesentlichen Punkt) nicht übereinstimmen. Hier könnte man erneut nur noch mit dem gerade im Recht der AGB ohnehin schon stark strapazierten Grundsatz von Treu und Glauben helfen.

Unpraktisch wäre dies Ergebnis vor allem in den Fällen, in denen eine Partei oder gar beide Kontrahenten bereits mit der Vertragserfüllung begonnen haben. Die Rückabwicklung nach §§ 812 ff BGB dürfte - abgesehen von den speziellen Risiken von Bereicherungsansprüchen (§ 818 BGB!) - gerade in hochtechnisierten Wirtschaftszweigen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Man denke z.B. daran, daß eine Fabrik dringend benötigte, aber verspätet gelieferte Rohstoffe sofort verarbeitet und die Produkte ausliefert. Wie soll dies Geschäft ohne Schaden für beide Parteien wieder abgewickelt werden, wenn bei einem Streit über die Verzugsschäden entschieden wird, der gesamte Vertrag sei infolge widersprechender AGB unwirk-

3) Derselben Ansicht: Flume § 37/3 (S.676); Leo a.a.O. S.119, Raiser S. 223, ähnlich auch Lukes JuS 61, 306.

sam? Instrukтив ist auch ein von LEO ⁴⁾ geschilderter Fall aus der Praxis, bei dem die gelieferte Ware längst in Südamerika war, als das Gericht endlich entschied, der Vertrag sei wegen Dissenses über die AGB unwirksam.

Gerade solche Fälle zeigen, daß die generelle Unwirksamkeit nicht nur für die Betroffenen Nachteile mit sich bringt. Sie würde auch einen volkswirtschaftlichen Leerlauf verursachen, der wegen der Häufigkeit derartiger Kollisionen die Erreichung eines maximalen Sozialprodukts erheblich gefährden könnte ⁵⁾.

Daß daneben alle von den Unternehmern mit der Verwendung von AGB verfolgten Vorteile, insbesondere der Rationalisierungseffekt nicht nur wegfallen, sondern geradezu in ihr Gegenteil verkehrt werden würden, sei nur am Rande erwähnt. Die allgemein angestrebte Aufrechterhaltung des Kerngeschäfts ist daher durchaus vernünftig und erwünscht.

III. Konsequenzen

Diese Erkenntnis darf nun freilich nicht dazu führen, dies vorab als richtig erkannte Ergebnis unter allen Umständen zu erreichen zu versuchen. Dennoch ist sie nicht ohne Wert:

Da die bisherigen Versuche dies Ziel de lege lata nicht erreichen können, ist sie ein Anlaß, die rechtlichen Positionen, von denen diese ausgegangen sind, neu zu durchdenken.

§ 10 Möglichkeiten einer neuen Lösung

I. Denkbare Lösungswege

Wenn man bei der Lösung eines Problems von einer vorgegebenen Prämisse aus de lege lata nicht zu dem gewünschten Ergebnis gelangt, gibt es wie bei einer mathematischen Gleichung

4) ZHR 26, S. 119.

5) Allgemein zur volkswirtschaftlichen Bedeutung von AGB: Kliege S. 115 ff.

chung mit zwei Faktoren zwei Möglichkeiten, das erstrebte Ziel trotzdem noch zu erreichen. Die beiden das Ergebnis bestimmenden Faktoren müssen darauf überprüft werden, ob sie - einzeln oder in ihrer gegenseitigen Verknüpfung - überhaupt geeignet sind, zur Lösung des Problems beizutragen.

Auf die Problematik einander widersprechender AGB übertragen bedeutet das: Wer die bei einer uneingeschränkten Anwendung des gesetzlichen Konsensprinzips de lege lata nicht erreichbare Wirksamkeit der Einzelrechtsgeschäfte erreichen will, muß entweder diesen seinen Ausgangspunkt revidieren oder das Gesetz ändern.

II. Gesetzesänderung als Ausweg?

Vorschläge zur Änderung des im BGB enthaltenen Vertragsrechts sind wegen der Schwierigkeiten, AGB-Probleme nach dem geltenden Recht befriedigend zu lösen, recht beliebt ¹⁾. In der Tat scheint es am einfachsten zu sein, "auftretenden Unbilden gegenüber alsbald nach dem Gesetzgeber zu rufen" ²⁾. Wenn dieser entsprechend reagiert, gewinnt man dadurch tatsächlich allerhand Vorteile:

Würde der Gesetzgeber z.B. die §§ 154, 155 BGB dahin ergänzen, daß ein Einigungsmangel über AGB die Wirksamkeit des Kerngeschäfts grundsätzlich nicht berührt, wäre dies eine für alle Beteiligten sehr praktische Lösung. Die Betroffenen Parteien könnten sich z.B. hinsichtlich ihrer Kalkulation von vornherein entsprechend einrichten und den Gerichten bliebe es erspart, die Anwendung der jetzt bestehenden Vorschriften mit Scheinbegründungen zu umgehen. Diese Praktikabilität

1) Vgl. aus neuerer Zeit z.B. Meyer-Ladewig MDR 63, 724 ff, 725, Mroch S. 36 ff mit konkreten Vorschlägen und Weber N. 385 ff mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch das Streitgespräch auf dem 41. DJT (1955), wo sich insbesondere Stoldt (Band II E 14/15), Möller (E 21) und Raiser (E 26) mit gesetzgeberischen Möglichkeiten beschäftigt haben.

2) Mroch S. 36.

einer klaren gesetzlichen Regelung kann von keiner noch so brilliannten Theorie erreicht werden.

Nun ist freilich die Wirksamkeit der Kerngeschäfte im Bereich einander widersprechender AGB nur eins von mehreren Teilproblemen. Zweifelhaft ist, wie bereits erwähnt, auch, was denn konkret Inhalt dieser Rest-Geschäfte werden soll: Überhaupt keine AGB, wenigstens die inhaltlich übereinstimmenden, oder auch "überschießende" einseitige Regelungen einer Partei? Fraglich ist weiter, ob und gegebenenfalls wie die Parteien sich von dem in seiner dann bestehenden Form vielleicht ungewollten Vertrag befreien können, oder ob sie wenigstens ihre Leistungen entsprechend abändern dürfen.

Bedenkt man ferner, daß der ganze Problemkreis einander widersprechender AGB wiederum nur ein Teilproblem des in vieler Hinsicht noch ungeklärten Rechts der AGB ist (man denke nur an die Frage der Teilnichtigkeit bei sittenwidrigen Bedingungen, die Problematik der Inhaltskontrolle oder der "stillschweigenden" Verweisungen), dann steht man bald vor der Frage, ob nicht gleich das gesamte Recht der AGB gesetzlich geregelt werden sollte. Mit Recht wird das überwiegend abgelehnt³⁾; zu viele Fragen sind dogmatisch noch nicht hinreichend geklärt.

Neben diesen prinzipiellen Bedenken spricht auch eine ganz einfache pragmatische Überlegung dagegen, an dieser Stelle Vorschläge de lege ferenda zu machen: Die Erfahrung zeigt, daß solche Anregungen bestenfalls zur Kenntnis genommen, aber praktisch nie verwirklicht werden. Von den gerade in bezug auf AGB häufig vorgeschlagenen Änderungen oder Ergänzungen

3) Vgl. die oben Fn. 1 erwähnte Diskussion, insbes. Raiser a.a.O., vgl. auch v.Brunn AcP 159, S. 547 ff, 549: Die Methode, Ergebnisse der Rechtsprechung in neue Absätze zu gesetzlichen Vorschriften zu kleiden, müsse "schnell zu Gesetzbüchern im ALR-Format" führen. S. auch Nastelski DRiZ 55, 213 f. Am weitestgehenden für eine gesetzliche Regelung wohl Weber N. 385 ff, insbes. N. 389 und NJW 68, S. 9, der den Erlass eines eigenen "Gesetzes über AGB" vorschlägt.

des BGB ist jedenfalls bisher keine einzige auch nur Gegenstand gesetzgeberischer Überlegungen oder gar wirklich Gesetz geworden ⁴⁾.

Vorschläge de lege ferenda können daher nur als letzter Ausweg betrachtet werden, wenn endgültig feststeht, daß eine befriedigende Lösung des Problems auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht erreicht werden kann. Diese Frage soll im folgenden noch einmal von Grund auf untersucht werden.

Zweiter Teil: Eigener Lösungsvorschlag

§ 11 Ansatzpunkte für eine neue Lösung

Die Untersuchung der bisherigen Lösungen hat die entscheidenden Hindernisse aufgezeigt, an denen diese Versuche scheitern mußten:

Sie liegen zunächst in der gesetzlichen Regelung über das Zustandekommen von Einzelrechtsgeschäften. Es hat sich gezeigt, daß der dafür von den §§ 145 ff BGB geforderte übereinstimmende Wille beider Parteien nicht vorliegt, wenn man die Vertragserklärungen der Parteien mit der h.M. als einheitliche Willenserklärungen ansieht, in der Individualabreden und AGB untrennbar vereint seien.

Hier liegt daher der erste Ansatzpunkt, an dem ein neuer Versuch ansetzen muß: Es gilt zu untersuchen, ob diese Sicht berechtigt ist, oder ob sich die Vertragserklärungen nicht doch, wie es von KRAUSE vertreten wird, in einen Individual- und einen rechtlich selbständiger Bewertung fähigen AGB-Komplex aufspalten lassen.

Gelingt das nicht, kann der Versuch einer neuen Lösung schon an diesem Punkt abgebrochen werden. Da nicht ersichtlich ist, wie die Hürde der §§ 145 ff BGB, insbesondere die

4) Zu solchen Überlegungen für andere Rechtsordnungen vgl. Hecht RabZ Bd. 29 (1965) S. 302 ff, 328 (Israel); Weber Fußnote bei N. 338 (S. 367) (DDR) und Westermann NJW 63, 1586 f (Niederlande).

§§ 154, 155 BGB anders als auf diese Weise überwunden werden könnte, muß es dann bei den bisher gefundenen Ergebnissen verbleiben. Stellt sich dagegen heraus, daß eine derartige Aufspaltung dogmatisch möglich und sachlich gerechtfertigt ist, muß weiter untersucht werden, wie sich diese Teilung auf das Zustandekommen und den Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte auswirkt. Da von vornherein feststeht, daß zumindest ein Teil der AGB (die sich konkret widersprechenden Einzelklauseln) nicht Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte werden kann, wird dann weiter zu prüfen sein, welche Folgen das für den Bestand der Restgeschäfte hat.

1. Abschnitt: Grundlagen: Trennung von AGB und Individualabreden

§ 12 Teilbarkeit der Vertragserklärungen

I. Objektive Teilbarkeit

Untersucht man, ob sich die Vertragserklärungen der Parteien in einen Individual- und einen AGB-Teil aufspalten lassen, stellt sich zunächst die Frage, ob Vertragserklärungen überhaupt objektiv teilbar sind ¹⁾.

Von der Literatur, die sich, wie schon dargelegt ²⁾, überwiegend gegen diese Aufspaltung ausgesprochen hat, werden in dieser Hinsicht keine Bedenken geäußert. Man räumt vielmehr ausdrücklich ein, daß eine solche Unterscheidung dogmatisch möglich sei, hält sie aber aus rechtstatsächlichen Gründen für nicht gerechtfertigt ³⁾.

In der Tat ist nicht ersichtlich, was dogmatisch gegen die objektive Teilbarkeit der Vertragserklärungen einzuwenden wä-

1) Zum Begriff der "objektiven Teilbarkeit" vgl. Naendrup S. 48 ff.

2) Oben § 4 I mit Nachweisen in Fn. 3.

3) Vgl. Lukes Festschrift S. 486, Raiser S. 320/321.

re. Das geltende Recht geht in mancher Hinsicht stillschweigend von ihr aus:

So beruht z.B. schon die überkommene Unterscheidung der "essentialia" und "accidentalia negotii" ⁴⁾ auf der Möglichkeit einer solchen Teilung. Die Bedeutung dieser Begriffe liegt zwar hauptsächlich auf der Ebene der durch die Vertragserklärungen zustandekommenden rechtsgeschäftlichen Regelung ⁵⁾, ist aber auch für diese Erklärungen selbst bedeutsam ⁶⁾, da Vertragserklärungen ohne "essentialia" niemals rechtswirksam werden können ⁷⁾.

Die objektive Teilbarkeit der Vertragserklärungen ist daneben Voraussetzung für die Möglichkeit einer Teilanfechtung, die sich nach heute allgemeiner Ansicht gerade auch auf den AGB-Teil einer Erklärung beschränken kann ⁸⁾. Auch das Gesetz geht, gerade in den hier besonders interessierenden Dissensfällen, von ihr aus: Wenn nach den §§ 154, 155 BGB Einzelrechtsgeschäfte auch mit einem Teil der in den Vertragserklärungen ursprünglich enthaltenen Inhalte wirksam zustandekommen können, setzt das die Teilbarkeit dieser Erklärungen

-
- 4) Zur Geschichte dieser Begriffe: Coing SavZ (Rom.Abt.) 69, S. 32.
- 5) Vgl. dazu Flume § 6/2 (S. 80/81).
- 6) Zur Unterscheidung der Willenserklärung als "Akt" und der durch sie hervorgerufenen "Regelung" (= Rechtsgeschäft im engeren Sinn) vgl. ausf. Flume § 2 (S. 23 ff) und § 6 (S. 78 ff, 80/81), ders. Privatautonomie S. 160 ff, Enn.-Nipperdey § 145 I (S. 895).
- 7) Vgl. Enn.-Nipperdey § 161 I (S. 986 f) m. Fn. 7: "Nicht annehmfähige Offerte ist ein Widerspruch in sich selbst". S. auch Flume § 35 I/1 (S. 635) und allg. zum Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit von Vertragserklärungen: RGRK (Krüger-Nieland) § 145, 3, Soergel-Lange § 145, 4 und Staud.-Coing § 145, 2.
- 8) Allg. zur Teilanfechtung: Enn.-Nipperdey § 174 I 3 (S. 1069), Flume § 31/4 (S. 561 f), RGRK (Krüger-Nieland) § 142 4, Soergel-Hefermehl § 142 6 und Staud.-Coing § 142 10. Speziell zur Teilanfechtung von AGB: Raiser S. 248 Fn. 1 und S. 249 mit Fn. 1-4 mit Rechtsprechung und Literatur, Naendrup S. 135 mit Lit. in Fn. 18, Soergel-Lange 111 vor § 145 und Staud.-Coing § 142 10 aE.

in mehrere Teilinhalte notwendig voraus. Entsprechendes gilt für alle Teilnichtigkeitsregelungen: Wo das Produkt mehrerer Erklärungen teilbar ist, müssen auch die Erklärungen selbst in mehrere Teile zerlegt werden können.

Mit der o.a. Literatur kann daher davon ausgegangen werden, daß die Aufteilung von Vertragserklärungen in ihre Einzelinhalte dogmatisch möglich ist.

II. Umfang der Teilbarkeit

Wie weit diese Teilbarkeit im einzelnen reicht, hängt vom Inhalt der jeweiligen Erklärungen ab: Theoretisch kann eine Vertragserklärung in so viele Teile zerlegt werden, wie sie Einzelinhalte hat.

Dieser denkgesetzmäßig unbeschränkten Teilbarkeit sind nur insofern Grenzen gesetzt, als Teilinhalte, die in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, nicht voneinander getrennt werden können. Bei AGB und Individualabreden bestehen insoweit keine Bedenken. Hinsichtlich der Individualabreden versteht sich das von selbst: Sie lassen sich immer ohne AGB denken. Bei den AGB ist das nicht ganz so selbstverständlich, da sie durch die Verweisung mit den Individualabreden verknüpft und erst damit rechtlich existent werden. Dennoch sind sie logisch von diesen unabhängig: Sie können nach Belieben des Verweisenden mit Individualabreden jeder Art verbunden und jederzeit beliebig ausgetauscht werden, ohne daß dadurch die Qualität oder die Existenz der Individualabreden berührt würde. Zumindest in bezug auf ein konkretes Einzelrechtsgeschäft läßt sich daher jede Individualregelung ohne AGB denken und umgekehrt ⁹⁾.

Rechtliche Grenzen bestehen darüber hinaus dann, wenn man, wie hier, einen Teilinhalt abzugrenzen versucht, der sich noch zur Begründung eines Einzelrechtsgeschäfts eignet. Da die Vertragserklärungen dafür wenigstens die objektiven Essen-

9) Vgl. dazu auch Raiser S. 250.

tialen des geplanten Geschäfts enthalten müssen ¹⁰⁾, wäre es aus rechtlichen Gründen zwecklos, auch diese noch voneinander zu trennen. Auch dieser Begrenzung steht aber der hier untersuchten Trennung von AGB und Individualabreden nicht entgegen, da AGB schon vom Begriff her immer nur "accidentalia" zu dem individuellen Vertragskern darstellen ¹¹⁾.

Damit steht zunächst fest, daß eine Aufteilung der Vertragserklärungen in einen Individual- und einen AGB-Komplex weder aus denkgesetzlichen noch aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Es fragt sich dann jedoch, welche Gründe diese Aufteilung rechtfertigen könnten.

§ 13 Berechtigung der Teilung

I. Die Argumente der h.M. gegen eine Aufteilung

Die h.M. lehnt eine Trennung der Vertragserklärungen in Individual- und AGB-Komplex hauptsächlich mit der Begründung ab, sie sei eine "künstliche Konstruktion" ¹⁾, die den tatsächlichen Gegebenheiten häufig nicht entspreche ²⁾ und die Betrachtungsweise nur unnötig kompliziere ³⁾. Niemand komme im täglichen Geschäftsleben auf den Gedanken, daß er mit seiner äußerlich einheitlichen Erklärung in Wirklichkeit den Abschluß "zweier in ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht einmal klar voneinander abgegrenzter Geschäfte" vornehme ⁴⁾. Funktionell bildeten jedenfalls Individualabreden und Verweisung auf AGB eine Einheit ⁵⁾.

Diese Argumente würden nur dann gegen die hier untersuchte Aufteilung sprechen, wenn damit versucht würde, die äußer-

¹⁰⁾ S. oben unter I Fn. 7.

¹¹⁾ Allg. Ansicht. Vgl. nur Raiser S. 250, Naendrup S. 138 m. Fn. 21.

1) Raiser S. 321 Fn. 1, v. Brunn S. 82.

2) Lukes Festschrift S. 486.

3) v. Brunn S. 81.

4) v. Brunn S. 82.

5) Raiser, Lukes a.a.O.

lich sicher einheitlichen Vertragserklärungen in mehrere selbständige Willenserklärungen aufzuspalten. Das ist hier jedoch nicht beabsichtigt. Hier wird lediglich geprüft, ob die Vertragserklärungen rechtskonstruktiv, nicht aber tatsächlich in mehrere Teile zerlegt werden können ⁶⁾.

Solche Konstruktionen sind in unserem Vertragsrecht nichts Ungewöhnliches. Man braucht z.B. nur an die schon erwähnten Teilnichtigkeitsregelungen zu denken, an die Behandlung sogenannter "gemischter" Verträge u.a.m. Alle in diesen Fällen angewendeten Konstruktionen sollen (und können) die tatsächlichen Verhältnisse nicht verändern (z.B. nicht aus einem äußerlich einheitlichen "gemischten Vertrag" mehrere auch tatsächlich selbständige Rechtsgeschäfte machen). Sie sind vielmehr nur denktechnische Hilfsmittel zur besseren rechtlichen Beurteilung von Sachverhalten, die sich auf anderen Wegen nicht sachgerecht bewerten lassen. Nur dies soll auch die hier untersuchte Teilung der Vertragserklärungen leisten. Soweit die Kritik auf die tatsächlichen Verhältnisse, die Vorstellungen der Parteien o.ä. abstellt, stehen ihre Argumente daher der hier untersuchten Teilung nicht entgegen.

Die Trennung bleibt freilich eine ad hoc geschaffene "künstliche Konstruktion". Auch das ist jedoch kein durchschlagendes Argument:

Jede Wissenschaft benötigt gelegentlich "Konstruktionen", von Natur aus künstlich und ad hoc geschaffen, wenn sie Lebenssachverhalte, die sich anders nicht erfassen lassen, sachgerecht beurteilen will. Auch in der Rechtswissenschaft wird seit jeher "konstruiert". Gerade im Recht der AGB wimmelt es geradezu von "künstlichen Konstruktionen": Man denke z.B. nur an die Versuche der h.M., die Geltung von AGB auch bei Unkenntnis einer Partei auf eine entsprechende Willenserklärung zurückzuführen ⁷⁾, diese "Vertragsinhalte" dann

6) Ebenso auch wohl die Absicht von Krause BB 52, 996 ff. Für eine tatsächliche Teilung dagegen offenbar Müllerei-
sert DGWR 42, 113.

7) S. oben § 3 II 2 mit Nachw. aus Literatur und Rechtsprechung.

aber trotzdem "gesetzesähnlich" auszulegen⁸⁾ u.a.m.

Macht man solche Konstruktionen nicht zum Selbstzweck, versucht man insbesondere nicht, Lebenssachverhalte gewaltsam in sie hineinzupressen⁹⁾, sondern beschränkt man sich darauf, sie als gedankliche Hilfsmittel zur besseren rechtlichen Erfassung eines gegebenen und unveränderlichen Sachverhalts zu benutzen, dann sind sie ein legitimes Mittel der Rechtsfindung und -anwendung.

II. Gründe für eine Teilung

Sprechen somit die von der h.M. angeführten Argumente nicht gegen eine Trennung der Vertragserklärungen in Individual- und AGB-Komplexe, so fragt es sich - da die Trennung ja nicht Selbstzweck sein soll - was für sie sprechen könnte.

Die Tatsache, daß man ohne sie de lege lata zu unerwünschten Ergebnissen kommt, kann dafür nicht genügen. Diese vorab gefundene Erkenntnis kann nur Anlaß für eine solche Untersuchung, nicht aber Teil ihrer Begründung sein¹⁰⁾. Wenn die Trennung der Vertragserklärungen in verschiedene Teilinhalte berechtigt sein soll, muß das darüber hinausgehende sachliche Gründe haben.

Einen Ansatzpunkt dafür könnte die von KRAUSE zur Diskussion gestellte unterschiedliche Willensstruktur der AGB-enthaltenden Vertragserklärungen sein¹¹⁾. Wenn der Wille der Parteien tatsächlich nach Individualabreden und AGB heterogen strukturiert sein sollte, dann läge die Frage nahe, ob man ihn wirklich noch als Einheit bewerten kann, oder ob man ihn, seiner unterschiedlichen Struktur entsprechend, einer

8) Oben § 2 II 1.

9) Zu den z.T. übertriebenen Konstruktionsversuchen der "Begriffs-" ("Konstruktions-")Jurisprudenz und den dagegen gerichteten Angriffen der "Interessenjurisprudenz" vgl. Radbruch-Zweigert S. 253 f. Ausführlich zu diesen Methoden Larenz Methodenlehre I S. 8 ff.

10) S. oben § 9 III; vgl. auch Naendrup S. 32.

11) BB 52, 997 f, s. oben § 6 II 7 und § 8 III 3.

unterschiedlichen rechtlichen Wertung unterziehen muß. Das wiederum wird wesentlich davon abhängen, welche Willensstruktur der gesetzlichen Regelung über Willenserklärungen zugrunde liegt. Beides muß daher im folgenden untersucht werden.

1. Willensstruktur der AGB-enthaltenden Vertragserklärungen

Eine kurze kritische Betrachtung hatte bereits gezeigt, daß das von KRAUSE als einziges Motiv der Verwendung von AGB angesehene Machtstreben der Unternehmer aus rechtstat-sächlichen Gründen für die Feststellung einer unterschiedlichen Willensstruktur der Vertragserklärungen nicht aus-reicht ¹²⁾.

Darüber hinaus ist es aber auch schon zweifelhaft, ob man aus diesen Motiven der AGB-Verwendung überhaupt Rückschlüsse auf die Struktur des darauf bezogenen rechtsgeschäftlichen Willens ziehen kann. Besser dürfte sich diese Struktur erken-nen lassen, wenn man untersucht, wie der in der Vertragser-klärung ausgedrückte Wille entsteht, auf welche Inhalte er sich bezieht und welche Intensität er besitzt.

a) Betrachtet man zunächst einmal den der Abgabe der Er-klärung notwendig vorausgehenden Vorgang der Willensbildung, so fällt zunächst ein rein äußerlicher Unterschied in der Häufigkeit der auf die Geltung der Individualabreden und AGB bezogenen Willensbildungsakte auf. Da sich die Willensbil-dung immer nur auf einen einzigen Punkt richten kann ¹³⁾, erfolgen hinsichtlich der Individualabreden so viele ver-schiedene Denkvorgänge, wie die Vertragserklärung später Ein-zelregelungen enthält.

12) Oben § 8 III 3 a.

13) Insoweit zutreffend Herzog S. 26; zustimmend u.a. Nipper-dey JW 29, 570 und Ruth AcP 1928 S. 234 ff 236. H. kann nicht gefolgt werden, soweit er daraus unmittelbare Fol-gen für die Teilbarkeit von Willenserklärungen herleiten will: vgl. dazu Naendrup S. 50 m. Nachw.

Anders bei den AGB: Sie, die in ihrem Umfang und der Zahl ihrer Einzelregelungen die Individualabreden oft übertreffen, werden anlässlich des konkreten Vertragsschlusses durch einen einzigen Denkvorgang, die Verweisung, erfaßt. Die Willensbildung hinsichtlich der einzelnen Klauseln ist zu diesem Zeitpunkt längst abgeschlossen. Sie vollzieht sich mit der Aufstellung der AGB auf einer dem konkreten Vertragsschluß vorgelagerten Stufe. In den nicht seltenen Fällen, in denen Unternehmer einfach fremde Entwürfe (z.B. von Verbänden u.ä.) übernehmen, fehlt selbst insoweit ein eigener psychologischer Vorgang. Auch anlässlich des konkreten Vertragsschlusses werden diese einmal formulierten Einzelregelungen in aller Regel psychologisch nicht mehr erfaßt. Das wäre zwar theoretisch möglich, dürfte aber in der Praxis kaum vorkommen ¹⁴⁾, da es im höchsten Maße unrationell wäre: Zweck der Vorformulierung soll es ja gerade sein, solche Denkvorgänge später zu ersparen.

In vielen Fällen läßt sich anlässlich eines konkreten Vertragsschlusses nicht einmal mehr die Verweisung psychologisch erfassen, da auch sie häufig schon vorformuliert ist. Viele Unternehmer verwenden nämlich "Bestell-" oder "Bestätigungs-"Formulare, denen auch die Verweisung bereits aufgedruckt ist ¹⁵⁾, etwa in der Form:

"Wir bestellen bei Ihnen aufgrund der umseitigen Einkaufsbedingungen ..." ¹⁶⁾

oder umgekehrt:

"Wir danken Ihnen verbindlich für die Erteilung Ihres Auftrags, den wir aufgrund der umstehenden Lieferbedingungen wie folgt vorgemerkt haben: ..." ¹⁷⁾.

14) Vgl. Naendrup S. 70 Fn. 66, der mit Recht darauf verweist, daß jedenfalls in der Rechtsprechung solche Fälle noch nicht vorgekommen sind.

15) Von 81 vorhandenen Formularen der Maschinenbau-Industrie z.B. 28 = ca. 34 %.

16) Einkaufsbedingungen einer westfälischen Apparatebau-Gesellschaft E b E 2.

17) Verkaufsbedingungen einer westfälischen Maschinenfabrik E c 37.

In diesen Fällen erschöpft sich die Willensäußerung praktisch in der rein mechanischen Verwendung einer bestimmten Sorte bedruckten Papiers.

Der eigentliche psychologische Vorgang hat - wie bei den AGB - auch hier schon vor der Planung des konkreten Einzelrechtsgeschäfts stattgefunden. Diese zeitliche Vorverlagerung berührt zwar die Wirkung der Verweisung nicht: Auch vorformulierte Verweisungen sind gültige Bestandteile der Vertragserklärungen. Sie zeigt aber, daß schon in der Willensbildung Unterschiede zwischen den AGB, bzw. der Verweisung auf sie, und den Individualabreden bestehen.

Dieser Unterschied wird noch deutlicher, wenn die Parteien sich ohne ausdrückliche Verweisung stillschweigend auf die Geltung ihrer AGB verlassen. Hier ist eine auf die Geltung der AGB bezogene Willensbildung anlässlich der konkreten Vertragserklärungen überhaupt nicht mehr erkennbar.

b) Soweit sich danach überhaupt noch AGB-bezogene psychologische Vorgänge erkennen lassen, liegen sie im Verhältnis zu den Individualabreden nicht nur auf verschiedenen Stufen, sondern beziehen sich auch auf grundverschiedene Inhalte:

Der Individualwille ist auf konkrete, nur auf das jeweils gerade angestrebte Einzelrechtsgeschäft bezogene, einzelvertragliche Inhalte gerichtet.

Die Verweisung richtet sich dagegen auf die Geltung abstrakt-genereller Regeln, die nicht für das jeweils anstehende konkrete Einzelrechtsgeschäft geschaffen sind, sondern für alle gleichartigen Geschäfte eines Unternehmers gelten sollen. Insofern kann man mit KRAUSE davon sprechen, daß "AGB mit dem Individualwillen, der Verträge schafft, im Grunde wenig mehr zu tun haben" ¹⁸⁾. Das gilt erst recht, wenn die Vertragsparteien ihre AGB nicht selbst aufstellen, sondern sie ohne eigene geistige Leistung von anderen Aufstel-

18) S. a.a.O. S. 998.

lern (Berufsorganisationen, Verbänden, auch konkurrierenden Unternehmern) übernehmen oder sogar ohne jede Rezeption sofort auf Verbandsbedingungen o.ä. verweisen.

c) Unterschiede zwischen Individualabreden und AGB zeigen sich auch in der Intensität des darauf bezogenen Willens:

Ihre Individualabreden will jede Partei in der denkbar intensivsten Form. Sie sollen in jeder Einzelheit unabänderlich sein: Wer Waren einer bestimmten Qualität kaufen will, wird sich in aller Regel nicht mit minderen Qualitäten begnügen. Wer für seine Ware einen bestimmten Preis erzielen will, veräußert nicht ohne weiteres billiger. Abweichenden Gegenvorstellungen des jeweiligen Vertragspartners wird unverzüglich widersprochen. Man verhandelt ausführlich und verzichtet notfalls auf das Geschäft, wenn eine Einigung nicht zustandekommt.

Ganz anders dagegen der auf AGB bezogene Wille: Nach außen tritt er zwar zunächst mit dem gleichen Anspruch der Unabänderlichkeit auf, vor allem bei besonders "starken" Verweisungen ¹⁹⁾. Zwischen diesem äußeren Erscheinungsbild und dem späteren Verhalten der Parteien besteht aber, im Gegensatz zu den Individualabreden, eine merkwürdige Diskrepanz: Abweichenden Individualabreden widerspricht jede Partei, versucht sie in Verhandlungen durchzusetzen oder den Vorstellungen des Kontrahenten anzupassen und sieht, wenn das scheitert, von der Durchführung des Geschäfts ab. Widersprechen sich dagegen die AGB der Parteien, dann hält es keine Partei für nötig, darüber weiter zu diskutieren. Auch ohne eine dahingehende Einigung wird das Geschäft erst einmal durchgeführt. Die Vernachlässigung der AGB geht dabei oft so weit, daß man selbst in Streitfällen nicht gleich auf sie zurückgreift, sondern zunächst ohne Rücksicht auf sie eine außer-rechtliche "Kulanz-"Regelung versucht ²⁰⁾. Häufig

19) Beispiele oben § 7.

20) Vgl. dazu v.Brunn S. 60 f.

wird die geringere Bedeutung der AGB sogar ausdrücklich in den sogenannten "Fortgeltungs-"Klauseln herausgestellt, nach denen die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen die Gültigkeit der anderen und die des Gesamtvertrags nicht berühren soll 21).

Es wurde schon dargelegt, daß diese zumindest zeitweise Vernachlässigung der AGB nicht zu der Annahme verleiten darf, die Parteien hätten auf ihre AGB stillschweigend verzichtet 22). Im Ernstfall zeigt sich das Gegenteil. Ein auf die Geltung der AGB gerichteter Wille ist vielmehr in jedem Fall latent vorhanden. Er ist nur von einer andersgearteten Intensität als der Individualwille: Zunächst tritt er nach außen wie dieser auf, ohne jedoch ebenso beachtet zu werden, wird dann von beiden Parteien vernachlässigt, solange keine Schwierigkeiten auftauchen, und tritt erst dann wieder mit voller Intensität hervor, wenn die Parteien sich endgültig entzweien.

Der in den Vertragserklärungen enthaltene Parteiwille zeigt somit eine unterschiedliche Struktur, je nachdem, ob er sich auf die Geltung von AGB oder Individualabreden richtet: Er entsteht jeweils auf verschiedenen Stufen, erstreckt sich auf wesensverschiedene Inhalte und ist von einer unterschiedlichen Intensität.

2. Vergleich mit der Willensstruktur des gesetzlichen Modells einer Willenserklärung

Betrachtet man demgegenüber die gesetzliche Regelung über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte, so zeigt sich, daß der Gesetzgeber offenbar von einem anders strukturierten Willen ausgeht:

Nach dem Gesetz sind grundsätzlich alle Einzelinhalte eines Rechtsgeschäfts gleichwertig. Einzelrechtsgeschäfte

21) S. oben § 8 III 2 b.

22) Oben §§ 7 u. 8.

sind solange unwirksam, wie der Wille der Parteien nicht in allen Einzelheiten übereinstimmt. Jede noch so geringe Abweichung der Vertragserklärungen verhindert ihr Zustandekommen (§§ 150 II, 154, 155 BGB). Entsprechend ist auch ein äußerlich wirksam zustandegekommenes Rechtsgeschäft vollständig nichtig, wenn auch nur ein Teil der geplanten Regelung aus irgendwelchen Gründen unwirksam ist (§ 139 BGB). Ausnahmen läßt das Gesetz nur zu, wenn sich ein entsprechender, beiderseits übereinstimmender Parteiwille mit Sicherheit feststellen läßt. Zweifel in dieser Hinsicht führen in jedem Fall zur völligen Ungültigkeit.

Sind so nach dem Gesetz alle Einzelinhalte gleichwertig, dann muß auch der darauf gerichtete Wille der Parteien in jeder Hinsicht gleichgeartet und damit notwendig homogen strukturiert sein.

Damit zeigt sich ein bedeutsamer Unterschied zwischen dem gesetzlichen Modell einer Willenserklärung und AGB-enhaltenen Vertragserklärungen: Während das Gesetz von einem homogen strukturierten Willen ausgeht, weisen diese eine heterogene Willensstruktur auf.

3. Konsequenzen der unterschiedlichen Strukturierung

Die vom gesetzlichen Modell abweichende Strukturierung der hier untersuchten Vertragserklärungen kann für ihre rechtliche Bewertung nicht ohne Folgen bleiben. Da die gesetzliche Regelung über Zustandekommen, Inhalt und Wirksamkeit von Einzelrechtsgeschäften gerade auf der Homogenität des rechtsgeschäftlichen Willens beruht, kann sie nicht ohne weiteres auf diese heterogen strukturierten Erklärungen angewendet werden.

Das muß nicht unbedingt dazu führen, Vertragserklärungen, die AGB enthalten, als Ganzes der gesetzlichen Regelung zu entziehen. Da sie in AGB- und Individualkomplexe teilbar sind, muß zunächst geprüft werden, ob das Gesetz auf einen dieser Teile Anwendung finden kann. Wenn sich das bejahen

ließe, wäre das gleichzeitig ein sachlicher Grund für diese Teilung, da es dann unnötig wäre, völlig neue Kategorien von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften zu entwickeln.

Die Analyse der Willensstruktur AGB enthaltender Erklärungen hat gezeigt, daß ihre strukturellen Abweichungen von "normalen" Willenserklärungen allein auf dem AGB-bezogenen Willen beruhen. Soweit der Parteiwille sich auf Individualinhalte bezieht, entspricht seine Struktur derjenigen des gesetzlichen Modells: Er entsteht einheitlich auf derselben Stufe der Willensbildung, richtet sich konkret auf das geplante Einzelrechtsgeschäft, erfaßt alle seine Einzelinhalte in ihrem vollen Umfang und weist in dieser Beziehung auch stets die gleiche Intensität auf. Heterogen wird diese inso- weit noch einheitliche Willensstruktur erst durch die AGB-Komplexe mit ihrer anders gearteten Willensbildung, den wesensverschiedenen Inhalten und der eigenartigen Intensität des rechtlichen Willens. Neue, dieser besonderen Strukturierung gerecht werdende Maßstäbe brauchen daher nur für diesen Teil der Vertragserklärungen gesucht zu werden. Für die Individualabreden stellt schon die vorhandene gesetzliche Regelung eine ihrer Willensstruktur entsprechende, sachgerechte Wertungsgrundlage dar.

Diese Erkenntnis rechtfertigt es, die Individualkomplexe vom AGB-Teil der Vertragserklärungen zu trennen und beide Teile ihrer verschiedenen Strukturierung entsprechend unterschiedlich rechtlich zu bewerten. Die Individualabreden unterliegen uneingeschränkt der gesetzlichen Regelung. Für die AGB-Komplexe müssen dagegen andere Maßstäbe gesucht werden, die ihrer besonderen Willensstruktur entsprechen. Wie sie im einzelnen beschaffen sein müssen, richtet sich danach, wie weit die AGB-Komplexe das Zustandekommen, den Inhalt und die endgültige Wirksamkeit von Einzelrechtsgeschäften überhaupt beeinflussen können.

2. Abschnitt: Konsequenzen einer Teilung für die rechtliche Beurteilung der Einzelrechtsgeschäfte

§ 14 Zustandekommen der Einzelrechtsgeschäfte

Da Verträge, wie schon oben dargelegt ¹⁾, auch mit Teilen von Willenserklärungen zustandekommen können, sofern diese wenigstens die essentialia des geplanten Geschäfts enthalten, steht die Trennung der Vertragserklärungen in Individual- und AGB-Komplexe dem Zustandekommen eines Einzelrechtsgeschäfts prinzipiell nicht entgegen. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob die bei einer Teilung entstehenden Einzelkomplexe ihrem Inhalt nach überhaupt noch geeignet sind, Einzelrechtsgeschäfte zu begründen. Bejahendenfalls wäre weiter zu fragen, wie sich die Verbindung dieser Einzelteile, die Verweisung, auf den Vertragsschluß auswirkt.

I. Vertragsschluß und Individualabreden

Daß die Individualabreden der beiderseitigen Vertragserklärungen ihrem Inhalt nach geeignet sind, ein Einzelrechtsgeschäft zustande zu bringen, sollte nicht zweifelhaft sein. Sie enthalten regelmäßig alle notwendigen Elemente des geplanten Geschäfts. Insoweit besteht kein Unterschied zu "normalen" Vertragserklärungen, die von vornherein keine AGB enthalten. In diesem Bereich ist die gesetzliche Regelung der §§ 145 ff. BGB uneingeschränkt anwendbar: Stimmen die Vertragserklärungen hinsichtlich ihrer Individualinhalte in allen Einzelheiten überein, kann ein Einzelrechtsgeschäft zustandekommen. Fehlt es an dieser Übereinstimmung, dann kann grundsätzlich kein wirksames Geschäft entstehen, es sei denn, eine der Ausnahmen der §§ 154, 155 BGB läge zweifelsfrei vor.

II. Vertragsschluß und AGB-Komplexe

AGB enthalten regelmäßig nur accidentalia des von den In-

1) § 12 I.

dividualabreden gebildeten Vertragskerns. Sie sind daher für das Zustandekommen von Einzelrechtsgeschäften insoweit ohne Bedeutung, als sie niemals allein ein selbständiges Rechtsgeschäft begründen können ²⁾.

Daraus folgt einmal, daß eine getrennte rechtliche Wertung von Individual- und AGB-Komplexen niemals zur Entstehung zweier selbständiger Rechtsgeschäfte führen kann. Hier bestätigt es sich daher, daß es richtig war, die Aufspaltung einheitlicher Verträge in mehrere auch tatsächlich selbständige Teilgeschäfte abzulehnen ³⁾: Sie ist nicht nur unerwünscht (weil wirklichkeitsfremd), sondern auch rechtlich gar nicht möglich.

Aus dieser fehlenden Eignung der AGB-Komplexe, selbständige Verträge zustande zu bringen, folgt aber auch, daß sie - für sich allein genommen - überhaupt keinen Einfluß auf Vertragsabschlüsse haben können: Ihr Zweck ist es nicht, Verträge zustande zu bringen, sondern, die durch übereinstimmende Individualabreden zustandekommenden Einzelrechtsgeschäfte inhaltlich zu ergänzen. Dieser spezifischen Bestimmung entspricht auch die eigenartige Intensität des auf sie bezogenen Willens, nach dem die AGB zwar möglichst uneingeschränkt Vertragsinhalt werden, die Wirksamkeit des Vertragsschlusses aber nicht behindern sollen ⁴⁾.

Eine nur scheinbare Ausnahme bilden dabei die sog. "Vertragsabschlußklauseln", die sich in fast allen AGB-Komplexen finden ⁵⁾. Sie befassen sich zwar formell mit dem Vorgang des Vertragsschlusses, indem sie etwa bestimmen:

"Das Angebot ist stets unverbindlich. Ein Auftrag gilt erst dann als angenommen, wenn er von uns schriftlich bestätigt ist" ⁶⁾.

2) Vgl. oben § 12 I m. Fn. 7.

3) Oben § 13 I.

4) Vgl. oben § 13 II 1 c.

5) Im untersuchten Material zu über 90 %.

6) Lieferbedingungen einer westfälischen Stahlbaufabrik E b 2.

Ihre materielle Bedeutung erschöpft sich aber in der Umkehr der Parteirollen: Der wirtschaftlich zuerst Anbietende macht sich dadurch rechtlich zum Angebotsempfänger. Da aber die Parteirollen für die Bewertung der AGB beliebig vertauschbar sind ⁷⁾, ändern solche Klauseln nichts daran, daß AGB auf das Zustandekommen von Verträgen grundsätzlich keinen Einfluß haben.

Es gibt jedoch auch Klauseln, die sich, zumindest ihrem Wortlaut nach, auch materiell mit dem Akt des Vertragsschlusses befassen. So findet sich z.B. folgende Bestimmung:

"Wir machen unsere Aufträge von der Anerkennung unserer nachstehenden Einkaufsbedingungen abhängig" ⁸⁾.

In solchen Fällen wird sorgfältig zu prüfen sein, ob damit wirklich die "Unterwerfung" des Vertragspartners zu einer echten Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrages erhoben werden soll (§§ 158 ff. BGB). Meist wird eine genauere Analyse der gesamten Vertragserklärung (auch der übrigen AGB) ergeben, daß dies nicht der Fall ist. Die zitierte Klausel, deren Wortlaut zunächst für eine echte Bedingung zu sprechen scheint, fährt z.B. fort:

"Wir sind berechtigt, den Vertrag zu annullieren, wenn unsere Einkaufsbedingungen nicht anerkannt werden".

"Annullieren" kann man einen Vertrag nur, wenn er zunächst einmal wirksam zustandegekommen ist. In diesem konkreten Fall wird daher eher ein Rücktrittsvorbehalt als eine echte Bedingung gemeint sein, auch dies wieder ein Beweis der eigenartigen Intensität des auf AGB bezogenen Willens, die AGB zwar mit möglichst starken Worten zum Vertragsinhalt zu machen, das Zustandekommen des Geschäfts aber nicht zu behindern ⁹⁾.

7) Vgl. die Ausführungen zur Konsenslösung, die ja der Reihenfolge der Vertragserklärungen besondere Bedeutung beimißt: oben § 7.

8) Einkaufsbedingungen einer mittelrheinischen Apparatebaufabrik Ec E 1.

9) Vgl. dazu die Ausführungen oben § 13 II 1.

Es soll jedoch nicht verkannt werden, daß es - zumindest theoretisch - auch Vertragsabschlußklauseln geben kann, die man als echte Bedingungen im Sinne der §§ 158 ff. BGB ansehen müßte. Dann allerdings müßte man gegebenenfalls das Zustandekommen eines Vertrags verneinen. In der Praxis ist ein derartiger Fall m.W. jedoch noch nicht vorgekommen. Man wird ihn daher als (rein theoretische) Ausnahme ansehen müssen. In der Regel bleibt es dabei, daß die AGB-Komplexe der Vertragserklärungen das Zustandekommen eines Einzelrechtsgeschäfts nicht beeinflussen.

III. Vertragsschluß und Verweisung

AGB der zuletzt zitierten Art lenken den Blick zugleich auf das Kernproblem des Vertragsschlusses bei Vertragserklärungen mit widersprechenden AGB: Es hat sich zwar gezeigt, daß die AGB-Komplexe und auch die darin enthaltenen Vertragsabschlußklauseln das Zustandekommen eines Vertrags nicht hindern, wenn man sie für sich allein betrachtet. Es bleibt jedoch die Frage, ob nicht gerade ihre Verbindung mit den Individualkomplexen, die Verweisung, den Vertragsschluß entscheidend beeinflußt. Die Antwort darauf hängt weitgehend von der Rechtsnatur der Verweisungen ab: Tragen sie den Charakter der echt rechtsgeschäftlichen Individualabreden, dann unterliegen sie wie diese der gesetzlichen Regelung der §§ 145 ff. BGB, d.h., ein Einzelrechtsgeschäft könnte in der Regel nicht zustandekommen, weil sie sich regelmäßig widersprechen (§§ 154, 155 BGB, oben I). Sind sie dagegen "normalen" Individualabreden nicht gleichzustellen, dann fragt es sich, nach welchen - eventuell außerhalb der gesetzlichen Regelung liegenden - Maßstäben sie rechtlich zu werten sind.

1. Charakter der Verweisung

Nach heute wohl allgemeiner Ansicht trägt die Verweisung auf AGB rechtsgeschäftlichen Charakter¹⁰⁾. Die h.M., die ja

10) Nachweise oben § 3.

Ihre materielle Bedeutung erschöpft sich aber in der Umkehr der Parteirollen: Der wirtschaftlich zuerst Anbietende macht sich dadurch rechtlich zum Angebotsempfänger. Da aber die Parteirollen für die Bewertung der AGB beliebig vertauschbar sind ⁷⁾, ändern solche Klauseln nichts daran, daß AGB auf das Zustandekommen von Verträgen grundsätzlich keinen Einfluß haben.

Es gibt jedoch auch Klauseln, die sich, zumindest ihrem Wortlaut nach, auch materiell mit dem Akt des Vertragsschlusses befassen. So findet sich z.B. folgende Bestimmung:

"Wir machen unsere Aufträge von der Anerkennung unserer nachstehenden Einkaufsbedingungen abhängig" ⁸⁾.

In solchen Fällen wird sorgfältig zu prüfen sein, ob damit wirklich die "Unterwerfung" des Vertragspartners zu einer echten Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrages erhoben werden soll (§§ 158 ff. BGB). Meist wird eine genauere Analyse der gesamten Vertragserklärung (auch der übrigen AGB) ergeben, daß dies nicht der Fall ist. Die zitierte Klausel, deren Wortlaut zunächst für eine echte Bedingung zu sprechen scheint, fährt z.B. fort:

"Wir sind berechtigt, den Vertrag zu annullieren, wenn unsere Einkaufsbedingungen nicht anerkannt werden".

"Annullieren" kann man einen Vertrag nur, wenn er zunächst einmal wirksam zustandegekommen ist. In diesem konkreten Fall wird daher eher ein Rücktrittsvorbehalt als eine echte Bedingung gemeint sein, auch dies wieder ein Beweis der eigenartigen Intensität des auf AGB bezogenen Willens, die AGB zwar mit möglichst starken Worten zum Vertragsinhalt zu machen, das Zustandekommen des Geschäfts aber nicht zu behindern ⁹⁾.

7) Vgl. die Ausführungen zur Konsenslösung, die ja der Reihenfolge der Vertragserklärungen besondere Bedeutung beimißt: oben § 7.

8) Einkaufsbedingungen einer mittelrheinischen Apparatebaufabrik Ec E 1.

9) Vgl. dazu die Ausführungen oben § 13 II 1.

Verlangte man für die Geltung von AGB ursprünglich noch die volle positive Willensübereinstimmung beider Parteien, wie bei "normalen" Vertragsinhalten, so sah man - durch die Häufigkeit solcher Fälle bedingt - bald schon die widerspruchslöse Hinnahme einer ausdrücklichen Verweisung als ausreichende "Willenserklärung" des "Kunden" an. Der materiale Willensgehalt dieser "Kunden-Verweisung" wurde weiter abgeschwächt durch die Anerkennung "stillschweigender" Verweisungen außerhalb konkreter Einzelrechtsgeschäfte (Kenntnis der Kunden durch Anschläge, auf Grund längerer Geschäftsverbindung u.ä.). Heute ist es wohl schon allgemeine Meinung, daß AGB auch schon dann Inhalt eines Einzelrechtsgeschäfts werden können, wenn eine Partei ihren Verträgen regelmäßig AGB zugrunde zu legen pflegt und die andere dies wußte oder hätte wissen müssen. Hier ist also weder eine ausdrückliche Erklärung des "Unternehmers", noch auch nur die Kenntnis des "Kunden" erforderlich¹³⁾.

Vom Konsensprinzip der für "normale" Individualerklärungen geltenden gesetzlichen Regelung der §§ 145 ff. BGB ist damit praktisch nichts mehr übrig geblieben. An die Stelle einer echten, positiv auf die Geltung der AGB gerichteten Willenseinigung beider Parteien ist - in Übereinstimmung mit dem tatsächlichen Erscheinungsbild - immer mehr die schlichte Tatsache einer bewußt oder unbewußt widerspruchslösen Hinnahme einseitig aufgestellter und einseitig "gewollter" Regeln getreten.

Wie schon zu Beginn der Untersuchung dargelegt wurde, ist die dogmatische Einordnung dieser inzwischen zur allgemeinen Ansicht gewordenen¹⁴⁾ besonderen rechtlichen Wirkung der AGB-"Vereinbarung" noch ungeklärt. Unklar ist vor allem, warum

13) Ausführliche Nachweise, insbesondere über die Bedeutung des "Wissenmüssens" bei Mroch S. 8 ff. Fn. 24 - 32 und Naendrup S. 71 f. mit Fn. 69. Weitere Angaben oben § 3 II 2 Fn. 21.

14) Zweifelnd in neuerer Zeit wieder Schreiber NJW 67, S. 1442.

auch die unbewußte Hinnahme einer Verweisung eine "Willens"-erklärung sein soll ¹⁵⁾. Betrachtet man die Vielzahl der dazu versuchten Erklärungen, die alle den vom Gesetz eigentlich verlangten positiven Willen einer Partei mehr oder weniger durch ganz anders geartete Verschuldensmomente ersetzen, dann drängt doch allein die Existenz all dieser Versuche zu der Frage, warum man denn eigentlich überhaupt noch an dem Willenserklärungscharakter der Verweisung festhält ¹⁶⁾.

Antwort darauf gibt die Prämisse aller dieser Erklärungsversuche: Wer wie sie von der Einheit der Vertragserklärungen ausgeht, kann nur auf diese Weise zu einer "Willens"-Übereinstimmung beider Parteien kommen, ohne die nach dem Gesetz ein Einzelrechtsgeschäft von vornherein nicht zustande kommen soll. Diese Prämisse ist jedoch schon methodisch nicht unzweifelhaft, weil sie vom Ergebnis her bestimmt ist. Es ist zudem auch zweifelhaft, ob gerade dieses Ergebnis der eigenartigen Erscheinung der Verweisung überhaupt gerecht wird. Besser dürfte es sein, zunächst diese Eigenartigkeit der Verweisung zu analysieren und erst dann zu fragen, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben.

Betrachtet man die Verweisung in diesem Sinne losgelöst von den "normalen" Individualinhalten einer Vertragserklärung, dann zeigt sich zunächst, daß die Verweisung in engstem Zusammenhang mit den AGB stehen: Ihr einziger Zweck ist es, die AGB zum Vertragsinhalt zu machen. Eine Verweisung ohne AGB ist daher genau so sinnlos wie AGB ohne eine - wie immer geartete - Verweisung. Zwischen beiden besteht daher eine enge Wechselbeziehung, die bei einer rechtlichen Wertung der Verweisung nicht außer acht gelassen werden kann.

Daraus ergibt sich ein scheinbar paradoxer Ausgangspunkt: Einerseits gehört die Verweisung grundsätzlich zum Individual-

15) Siehe oben § 3 II 2 d mit Nachweisen.

16) Ähnliche Zweifel bei Naendrup S. 72 Fn. 69 a.E.; vgl. auch Weber N. 282.

bereich der Vertragserklärungen; in ihrer tatsächlichen Erscheinung und ihrer rechtlichen Wirkung unterscheidet sie sich aber so sehr von den echten Individualabreden, daß man sie von diesen trennen muß. Die Verweisung gehört andererseits nicht zu den AGB, steht mit diesen aber in einem so engen Funktionszusammenhang, daß eine getrennte Betrachtung insoweit nicht möglich ist.

Betrachtet man so Verweisung und AGB einerseits und Individualinhalte andererseits, dann zeigen sich so bedeutsame Unterschiede, daß es zweifelhaft wird, ob die gesetzliche Regelung der §§ 145 ff. BGB auf die Verweisungen überhaupt noch anwendbar ist:

AGB stellen sich ihrer äußeren Erscheinung nach als in der Regel nur einseitig gewollte, vom Aufsteller durch die Verweisung mit dem Imperativ ihrer Aufnahme in alle seine Rechtsgeschäfte verbundene abstrakt generelle, und damit normähnliche Gebilde dar¹⁷⁾. Kraft dieses imperativischen Charakters der Verweisung wirken sie auch tatsächlich wie Normen (auch wenn sie technisch nicht Rechtsnormen sein können¹⁸⁾): Sie gelten regelmäßig ohne positive Mitwirkung des Verweisungsempfängers; von dessen Willen sind sie nur negativ abhängig, da er (der "Kunde") ihre Geltung durch eine entsprechende ablehnende Willenserklärung, den Widerspruch, verhindern kann.

Es ist hier bereits darauf hingewiesen worden, daß sich eine derartige rechtliche Wirkung einseitiger Erklärungen mit der Systematik unseres gesetzlich normierten Vertragsrechts kaum vereinbaren läßt, und daß alle Versuche, diese eigenartige Wirkung im System dieser gesetzlichen Regelung unterzu-

17) Lukes Kartellvertrag S. 213 ff., Festschrift S. 476 m. Fn. 70, JuS 61, S. 305 m. Fn. 29 im Anschluß an Olivecrona. Über diese soziologische Qualifizierung der AGB besteht heute weitgehend Einigkeit: Vgl. die Angaben oben § 2 I Fn. 6; außerdem: Helm JuS 65, S. 121, Schleg.-Hefermehl § 346 Anm. 70, Schumann S. 29, OLG Hamburg VersR 60, 783, 784.

18) Dazu oben § 2 I.

bringen, nicht befriedigen konnten, weil man bisher von der Unteilbarkeit der Vertragserklärungen ausging.

Wertet man dagegen, wie hier vorgeschlagen, die Verweisung ihrer Eigenart entsprechend getrennt von den echten Individualinhalten der Vertragserklärungen, dann entfällt dieser Zwang, die "Tatbestandsmerkmale der begriffsjuristischen Vertragskonstruktion zu erhalten und alle Elemente dieses abstrakten Scheinsubjekts zu bewahren" ¹⁹⁾. Man kann das Verhalten des Verweisungsempfängers in diesem Fall rechtlich so werten, wie es sich in der Praxis darstellt: Nicht als eine nur scheinbar vorhandene, in Wahrheit aber fiktive rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern als eine tatsächliche, im Imperativcharakter der Verweisung begründete, in den Willen des damit Angesprochenen gestellte negative Bedingung für den Eintritt einseitig gewollter Vertragsinhalte. Der Eintritt von Bedingungen kann auch fahrlässig verhindert oder herbeigeführt werden. Bei dieser Sicht bestehen daher auch keine dogmatischen Bedenken gegen die Verwendung des im "Wissenmüssen" liegenden Verschuldensmoments. Ob die Partei, deren Verhalten bewußt oder gewollt unterläßt oder nicht, kann dabei dahinstehen, wenn sie nur die Möglichkeit hatte, sich zu entscheiden. Die Wirkung ihres Verhaltens tritt dann unabhängig von solchen subjektiven Elementen ein. Es erhält vor allem durch seine Bedeutung für den Inhalt von Einzelrechtsgeschäften nicht etwa selbst rechtsgeschäftlichen Charakter ²⁰⁾.

Die "Vereinbarung" von AGB hat somit einen von der "Vereinbarung" normaler Vertragsinhalte durchaus verschiedenen Charakter: Normale Individualinhalte werden von beiden Parteien eines Einzelrechtsgeschäfts "gewollt". Beide geben insoweit echte Willenserklärungen ab.

19) Mroch S. 11.

20) Vgl. dazu Soergel-Siebert-Knopp 23 vor §§ 158 ff.

An dieser echten Willensübereinstimmung fehlt es dagegen regelmäßig hinsichtlich der AGB. Sie werden vielmehr schon dann Vertragsinhalt, wenn sie nur von einer Partei "gewollt" sind, und die andere Partei keinen gegenteiligen Willen äußert, obwohl sie dazu in der Lage gewesen wäre. Beiderseits echte Willenserklärungen i.S. der §§ 145 ff. BGB liegen insoweit nicht vor.

2. Rechtliche Wertung

Es ist bereits bei der Untersuchung der bisherigen Lösungsversuche dargelegt worden, welche Schwierigkeiten es bereitet, wenn man wie die h.M. versucht, die als unteilbar angesehenen Vertragserklärungen mit ihren kontroversen AGB-Verweisungen über die gesetzliche Hürden der §§ 154, 155 BGB zu bringen. Es hat sich gezeigt, daß sich ein wirklicher "Aufrechterhaltungswille" i.S.d. § 154 BGB meist ebenso wenig feststellen läßt, wie ein entsprechender "mutmaßlicher" Wille in den Fällen des § 155 BGB ²¹⁾.

Diesen Schwierigkeiten könnte man relativ einfach entgegen, wenn man sich mit Rücksicht auf den abstrakt-generellen, kaum von einem echten Willen getragenen Charakter der AGB vom "wirklichen" Willen der Parteien lösen und statt dessen auf einen "hypothetischen", weitgehend objektiv bestimmten Willen "vernünftiger" Parteien abstellen könnte, wie es eine weitverbreitete Meinung seit langem bei der ähnlich gelagerten Problematik des § 139 BGB vertritt ²²⁾.

Es fragt sich aber, ob die gesetzlichen Teilnichtigkeitsregelungen der §§ 139, 154, 155 BGB wirklich diese Möglichkeit bieten, "die Belange der Parteien gegeneinander abzuwägen" ²³⁾ oder ob nicht die Einführung objektiver Kriterien,

21) Oben § 8 III 2.

22) In dieser Richtung: v. Brunn S. 114 ff., 118; RGRK (Krüger-Nieland) § 139 Anm. 17; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht S. 52; Oertmann § 139 3 a; Pagenstecher S. 19 ff., 20/21, Soergel-Hefermehl § 139 19, 30; aus der Rechtsprechung: RG JW 24, 1363, 1364, OLG Hamburg HEZ 2 Nr. 134 S. 307, 309, BAG 1, 258, 271.

23) v. Brunn S. 118.

die ja praktisch auf eine - sonst allgemein abgelehnte - Vertragskorrektur hinausläuft, den grundlegenden Wertvorstellungen dieser Vorschriften zuwiderläuft.

Die Antwort darauf hängt davon ab, welche Bewertungsmaßstäbe der gesetzlichen Regelung zugrundeliegen. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob man sie als "Vermutung für eine Gesamtnichtigkeit" oder als "Auslegungsregeln" ansieht ²⁴⁾. Die materiale Beschaffenheit des rechtsgeschäftlichen Aufrechterhaltungswillens zeigt sich vielmehr unabhängig von solchen begrifflichen Ableitungen am deutlichsten dann, wenn man diese Vorschriften in dem Zusammenhang betrachtet, in dem sie mit einer "normalen", ungestörten privatautonomen Rechtsgestaltung stehen ²⁵⁾.

Bei dieser entsteht Recht, weil und soweit die beteiligten Parteien es übereinstimmend wollen. Da diese rechtserzeugende Kraft nur einem realen Willen zukommen kann, ist es nur folgerichtig, daß dieser wirkliche Wille auch darüber entscheiden soll, was gelten soll, wenn ein Teil der geplanten Regelung nicht realisiert werden kann. Eine Rechtsordnung, die sich wie das BGB für diese Konsequenz entscheidet ²⁶⁾, muß dann davon ausgehen, daß die vom Fortfall eines Teils der geplanten Regelung belastete Partei die Geltung des Rest-Geschäfts meist nicht gewollt haben wird. Anderenfalls hätte sie die jetzt ungültige Regelung wohl kaum zum Inhalt des Geschäfts machen wollen.

24) Nachweise bei Staud.Coing § 154, 1 / § 155, 1 und Naendrup S. 151/152 und S. 154 Fn. 10.

25) Auf diesen meist vernachlässigten Funktionszusammenhang hat vor allem Naendrup S. 152 ff. nachdrücklich hingewiesen. Vgl. auch Sandrock S. 494 ff.

26) Daß die Verknüpfung der Restgültigkeit mit dem Willen der Parteien nicht die einzig mögliche Konsequenz einer auf dem Prinzip der Privatautonomie beruhenden Rechtsordnung ist, hat Sandrock a.a.O. S. 484 - 488 unter Hinweis auf ausländische Gesetze gezeigt. Das ändert aber nichts an der Folgerichtigkeit der Nichtigkeitsregelungen unserer Rechtsordnung.

Daraus erklärt sich einmal die Gesamtnichtigkeit als Regel. Ohne sie wäre eine Partei sonst an Verpflichtungen gebunden, die sie nach Inhalt und Umfang meist nicht gewollt hätte. Zum andern muß dann auch die als Ausnahme gedachte Aufrechterhaltung durch einen entsprechenden wirklichen Willen der Parteien legitimiert sein.

Diese Erkenntnis bedeutet nicht, daß man bei der Feststellung dieses Willens auf jede Berücksichtigung objektiver Merkmale verzichten müßte. Wie jeder rechtsgeschäftliche Wille ist auch der Abschluß- und Fortgeltungswille der §§ 154, 155, 139 BGB auslegungsfähig und in der Regel auch auslegungsbedürftig, da die Parteien in dieser Hinsicht meist nichts Ausdrückliches vereinbaren. Im Rahmen dieser Auslegung kann dann alles berücksichtigt werden, was sich die Parteien nach den Grundsätzen der "Empfängerauslegung" zurechnen lassen müssen. Das darf nur nicht dazu führen, von vornherein objektive Kriterien wie den Willen oder gar die "Belange" "vernünftiger" Parteien an die Stelle des wirklichen Willens zu setzen. Damit würde man diesem Willen seine rechtserzeugende Kraft nehmen und den der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Bewertungsmaßstäben nicht gerecht werden ²⁷⁾.

3. Folgerungen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß alle Versuche, das Zustandekommen von Einzelrechtsgeschäften trotz widersprechender AGB aus den §§ 154, 155 BGB zu begründen, in der Regel scheitern müssen:

Ein wirklicher Wille beider Parteien, das Geschäft ohne die eigenen oder gar mit fremden AGB abzuschließen, läßt sich - von entsprechenden Klauseln einmal abgesehen ²⁸⁾ - in aller Regel nicht feststellen ²⁹⁾. Die Versuche, die daraus folgen-

27) Naendrup S. 154, Sandrock S. 531/532, gegen diesen wieder Larenz AT § 29 II d (S. 453).

28) Dazu oben § 8 III 2 b.

29) Dazu oben § 8 III 2 b.

de regelmäßige Nichtigkeit des Gesamtgeschäfts zu vermeiden, indem man den Parteien einfach einen entsprechenden wirklichen Willen unterstellt oder ihn durch einen hypothetischen Willen "vernünftiger" Parteien ersetzt, haben sich als unzureichend erwiesen ³⁰⁾.

Gleichzeitig sind bei dieser Untersuchung aber auch Gesichtspunkte hervorgetreten, die unabhängig von dem, wie oben dargelegt ³¹⁾, unbefriedigenden Ergebnis der Unwirksamkeit des Gesamtgeschäfts zu der Frage berechtigen, ob die gesetzliche Regelung auf die Fälle einander widersprechender AGB überhaupt anwendbar ist:

Es hat sich gezeigt, daß die gesetzlichen Vorschriften in einem Funktionszusammenhang mit den Grundsätzen der den "normalen" Verträgen zugrundeliegenden privatautonomen Rechtsgestaltung stehen. Weil diese nur dem übereinstimmenden positiven Willen der Vertragsparteien die rechtserzeugende Kraft beilegt, rechtswirksam Abschluß und Inhalt von Einzelrechtsgeschäften zu bestimmen, muß eine auf dieser Grundlage aufbauende gesetzliche Teilnichtigkeitsregelung die Gesamtnichtigkeit zur Regel erheben, wenn einem Teil des geplanten Geschäfts die gewollte Wirksamkeit fehlt. Die §§ 154, 155 BGB erweisen sich somit als die konsequente Verwirklichung eines Prinzips, das die Folgen einer fehlgeschlagenen Regelung an den Wertmaßstäben orientiert, die zur teilweisen Unwirksamkeit geführt haben ³²⁾.

30) Ebenso mit z.T. scharfer Kritik: Lukes JuS 61, 308 ("Gewaltsame ... Lösung"), Mroch S. 51 ("Höchst unerfreuliche und unbefriedigende begriffsjuristische Notlüge" zur Verdeckung einer "ganz klaren autoritären Vertragskorrektur"), Naendrup S. 160 ("Scheinbegründungen"), Raiser S. 321 ("Zweifelhafter oder geradezu Schluß"), Weber N. 371 ("Im Grunde bedenkliche Vertragskorrektur"). Vgl. außerdem: Fischer BB 57, 484 und Anm. zu BGH LM 1 AGB, Hildebrandt AcP 143, 326 ff. 344, Sandrock S. 481 ff., Schleg.-Hefermehl § 346, 111, Sebba S. 11 ff., 16 und Soergel-Hefermehl § 139, 19, 30.

31) § 9 II.

32) Vgl. dazu Naendrup S. 150 m. Fn. 6.

Bei den Untersuchungen über den Geltungsgrund der AGB hat sich dagegen gezeigt, daß die Geltung von AGB - jedenfalls bei beiderseitigen Verweisungen - nicht auf diesem freien, übereinstimmenden, positiven Willen beider Parteien beruht, sondern daß das Konsensprinzip nur mit Einschränkungen auf diese besonderen Vertragsinhalte anwendbar ist: Sie gelten, anders als "normale" Vertragsinhalte nicht, weil beide Parteien es übereinstimmend wollen; ihre Geltung beruht vielmehr auf dem einseitigen, unwidersprochen gebliebenen Willen nur einer Partei ³³⁾.

Fehlt aber für solche Vertragsinhalte diese Prämisse einer "ungestörten privatautonomen Rechtsgestaltung, auf der die Erheblichkeit des eventuellen Bestandswillens beider Parteien beruht" ³⁴⁾, dann können die §§ 154, 155 BGB, die von dieser Prämisse ausgehen, auch nicht die Folgen einander widersprechender AGB bestimmen. Diese gesetzliche Regelung ist daher hier nicht anwendbar ³⁵⁾.

Es fragt sich dann, nach welchen außerhalb dieser Regelung zu suchenden Maßstäben die Rechtsfolgen dieses Widerspruchs beurteilt werden können.

Setzt man die bisher gefundenen Erkenntnisse über die Geltungsgrundlagen der AGB und den Funktionszusammenhang von Geltungsgrund und Nichtigkeitsregelung zu einander in Beziehung, dann kann die hier zu treffende Entscheidung nicht zweifelhaft sein:

Wenn hinsichtlich der AGB nur der einseitige positive Wille einer Partei über den Inhalt eines Einzelrechtsgeschäfts entscheidet, und der Wille der anderen Partei dafür nur inso-

33) Hier unter 1.

34) Es ist das Verdienst Naendrups, diese unterschiedlichen wertmaterialen Voraussetzungen gestörter und ungestörter privatautonomen Rechtsgestaltung und ihren Funktionszusammenhang mit der Ordnung teilnichtiger Rechtsgeschäfte (§ 139 BGB) erstmals eindeutig herausgestellt zu haben (S. 160 ff.). Ansätze in dieser Richtung schon bei Raiser, Sebba, Fischer und Sandrock a.a.O. oben Fn. 30.

35) Im vergleichbaren Fall des § 139 BGB im Ergebnis ebenso: Fischer, Naendrup, Sandrock, Schleg.-Hefermehl, Soergel-Hefermehl, Sebba und Raiser a.a.O. oben Fn. 30.

weit von Bedeutung ist, als er sich gegen deren Geltung richtet, dann muß Gleiches auch für die Entscheidung über die Folgen der bei einem insoweit widersprechenden Willen beider Parteien eintretenden Teilnichtigkeit von AGB gelten. Entscheidend für die Geltung des Rechtsgeschäfts kann daher auch hier nur die Frage sein, ob eine Partei der von ihrem Partner gewollten Geltung widerspricht oder nicht. Fehlt es an dieser negativen Erklärung, dann kommt das Einzelrechtsgeschäft grundsätzlich zustande.

Die getrennte rechtliche Wertung von Individualabreden und AGB-Verweisung führt damit zu dem - auch von der h.M. angestrebten - Ergebnis, daß das Zustandekommen eines Einzelrechtsgeschäfts regelmäßig nicht an der Diskrepanz der beiderseitigen AGB scheitert.

§ 15 Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte

I. Individueller Inhalt

Die gleiche Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht ergibt sich bei der Frage nach dem Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte hinsichtlich der Individualabreden. Daß wenigstens sie - entsprechende Kongruenz der Vertragserklärungen vorausgesetzt - Vertragsinhalt werden, versteht sich nach dem oben Ausgeführten von selbst.

II. AGB-Inhalt

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob, und gegebenenfalls welche, AGB Inhalt der Einzelrechtsgeschäfte werden.

Da die gesetzlichen Vorstellungen insoweit auf die besondere Struktur des auf AGB bezogenen Willens nicht zutreffen, fragt es sich an dieser Stelle zum ersten Mal, welche Bewertungsmaßstäbe dieser Eigenart am besten Rechnung tragen könnten.

1. Widersprechende Klauseln

Diese besondere rechtliche Bewertung kann insoweit nicht vom gesetzlichen Konsensprinzip abweichen, als auch sie davon ausgehen muß, daß Regelungen, die einander konkret widersprechen, auf keinen Fall Inhalt eines Einzelrechtsgeschäfts werden können. Das ist nicht nur ein tragendes Prinzip unseres Vertragsrechts, sondern auch ein Gebot der Logik: Schlecht-hin unvereinbares läßt sich schon denkgesetzlich in keiner Weise zu einer Einheit verbinden.

a) Damit steht zunächst einmal fest, daß jedenfalls die einander konkret widersprechenden Einzelregelungen der beiderseitigen AGB-Komplexe nicht Vertragsinhalt werden.

b) Dies bringt für die weitere Untersuchung bereits eine erste Schwierigkeit mit sich. Bevor das rechtliche Schicksal der anderen, einander nicht unmittelbar widersprechenden Klauseln untersucht werden kann, muß hier zunächst einmal geklärt werden, ob sich die Unwirksamkeit der einander widersprechenden Bedingungen auf diese Klauseln beschränkt, oder ob sie - wie bei den der gesetzlichen Regelung unterliegenden Individualabreden - grundsätzlich die gesamten Klauselkomplexe erfaßt.

Die Beantwortung dieser im Bereich einander widersprechender AGB etwas vernachlässigten Frage ¹⁾ hängt davon ab, ob die Normkomplexe einheitliche, unteilbare Gesamtordnungen darstellen, oder Summen, die - aus den quantitativen Gehalten der einzelnen Klauseln gebildet - auch wieder in ihre Einzelteile zerlegt werden können ²⁾. Nur im letztgenannten Fall könnte sich die Unwirksamkeit auf die jeweils betroffenen Klauseln beschränken.

Literatur und Rechtsprechung lassen insoweit eine klare Stellungnahme vermissen. Einerseits scheinen sie grundsätz-

1) S. oben § 6 III 1.

2) Vgl. dazu Naendrup S. 121.

lich von der Unteilbarkeit der AGB-Komplexe auszugehen, wenn sie davon sprechen, AGB würden stets "en bloc", "als Ganzes" Vertragsinhalt ³⁾. Andererseits versucht man aber ebenso regelmäßig, die Nichtigkeit einzelner AGB auf die jeweils unmittelbar betroffenen Klauseln zu beschränken ⁴⁾, was die Teilbarkeit notwendig voraussetzt.

Dogmatisch unbedingt geboten ist die Annahme einer unteilbaren Einheitlichkeit der AGB-Komplexe in der Tat ebenso wenig wie die Unteilbarkeit der Vertragserklärungen ⁵⁾. Wie diese setzen sich auch die AGB-Komplexe aus so vielen Einzelinhalten zusammen, wie sie unterscheidbare Regelungen enthalten. In beiden Fällen macht erst ein entsprechender Wille der Parteien die Summe dieser Einzelinhalte zu einer untrennbaren Gesamtordnung.

Bei den AGB dürfte es an dieser Verknüpfung der Einzelregelungen zu einer unteilbaren Einheit regelmäßig fehlen: Positive Anhaltspunkte für einen derartigen Parteiwillen sind regelmäßig nicht vorhanden. Viele Parteien erklären sogar ausdrücklich, daß die Nichtigkeit einzelner Klauseln die Gültigkeit der anderen nicht berühren solle ⁶⁾. Dieses Interesse an der Aufrechterhaltung der nicht unmittelbar unwirksamen Bedingungen dürfte über den Kreis dieser Unternehmer ⁷⁾ hinaus in der Praxis ganz allgemein bestehen. Wer durch die Ungültigkeit einzelner Klauseln überhaupt schon Nachteile hinnehmen muß, wird meist bestrebt sein, diese Nachteile so gering wie möglich zu halten, die Unwirksamkeit also möglichst eng zu begrenzen. Von der Interessenlage der Betroffenen aus gesehen wird man daher regelmäßig davon ausgehen dürfen, daß

3) Vgl. statt vieler: Raiser S. 152; weitere Nachweise oben § 3 II 3.

4) Vgl. die Angaben oben unter § 2 II 4.

5) Dazu oben § 12 I.

6) S. oben § 8 III 2 b.

7) Nach den Untersuchungen Naendrups (S. 36 mit Fn. 18) beträgt die Häufigkeit solcher "Fortgeltungsklauseln" etwa 20 %. Dieser Satz wird durch das vorliegende Material bestätigt.

sie die Einzelinhalte ihrer AGB-Komplexe nicht untrennbar miteinander verknüpfen wollen.

Da die AGB meist auch nicht in einem logischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen ⁸⁾, darf regelmäßig angenommen werden, daß die AGB-Komplexe von den Parteien nicht als untrennbare Gesamtordnungen, sondern als Summen von Einzelregelungen gewollt sind, die bei Bedarf wieder aufgelöst werden können. Im Zweifel wird daher der Wille der Parteien auf die Teilnichtigkeit nur der unmittelbar betroffenen Einzelregelungen gerichtet sein. Ein solcher positiver Wille muß natürlich respektiert werden.

Damit ergibt sich hier, was von der h.M. seit je im Bereich sittenwidriger ⁹⁾ und z.T. auch bei einander widersprechenden AGB ¹⁰⁾ vertreten wird: Innerhalb der Normkomplexe können einzelne Klauseln unwirksam sein, ohne daß dadurch der rechtliche Bestand der anderen Bedingungen berührt würde.

Mit diesem Ergebnis ist der Weg frei für die Bewertung der einander nicht unmittelbar widersprechenden AGB.

2. Übereinstimmende AGB

Soweit die beiderseitigen Bedingungen inhaltlich voll übereinstimmen (z.B. hinsichtlich technischer Normen), bestehen über ihre Geltung ebenso wenig Zweifel, wie über die Ungültigkeit der einander widersprechenden Klauseln. Da der beiderseitige Wille voll übereinstimmt, können solche Bedingungen selbstverständlich Vertragsinhalt werden.

3. "Überschießende" Bedingungen

Schwieriger als bei diesen beiden Extremfällen konkret übereinstimmender oder widersprechender AGB ist die Frage zu

8) S. dazu oben § 12 II; vgl. auch Naendrup S. 122.

9) Nachweise oben § 2 II 4.

10) Nachweise oben § 6 III 1.

entscheiden, ob auch die "überschießenden" AGB beider Parteien Inhalt eines mit widersprechenden AGB geschlossenen Einzelrechtsgeschäfts werden können. Würde auch hier das für die Individualabreden geltende Konsensprinzip gelten, dann müßte diese Frage mangels einer entsprechenden positiven Willensübereinstimmung beider Parteien notwendig verneint werden ¹¹⁾.

Es wurde jedoch schon dargelegt, daß und warum das Konsensprinzip für AGB nur in seiner negativen Ausprägung gilt ¹²⁾, d.h., sie werden schon dann Vertragsinhalt, wenn sie nur von einer Partei positiv gewollt sind und die andere Partei keinen gegenteiligen Willen äußert, obwohl sie dazu in der Lage gewesen wäre, weil sie diese von ihrem Partner gewollte Geltung kannte oder hätte erkennen können. Dem Schutzgedanken des Konsensprinzips: "Kein Vertragsinhalt gegen den Willen einer Partei" wird dabei genügend Rechnung getragen, da die Geltung dieser besonderen Vertragsinhalte wenigstens negativ vom Willen beider Parteien abhängig bleibt.

So betrachtet können "überschießende" AGB demnach Vertragsinhalt werden, wenn der Verweisungsempfänger ihrer Geltung beim Vertragsschluß bewußt oder infolge fahrlässiger Unkenntnis nicht widerspricht. Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist weitgehend eine Frage der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Allgemein wird man folgendes sagen können:

Beide Parteien eines mit einander widersprechenden AGB geschlossenen Einzelrechtsgeschäfts werden regelmäßig mit überschießenden AGB ihrer jeweiligen Partner rechnen müssen. Das ist für den Empfänger eines auf AGB verweisenden Angebots selbstverständlich, da er wegen der Verweisung den Unterschied zu seinen AGB unschwer durch einen entsprechenden Vergleich feststellen kann. Für den Anbietenden besteht diese konkrete Vergleichsmöglichkeit im Zeitpunkt der Abgabe seiner

11) Eine "stillschweigende" Anerkennung überschießender AGB wird in der Regel ebenso zu verneinen sein wie die "stillschweigende Unterwerfung" unter alle fremden AGB: vgl. dazu oben § 7 II.

12) Oben § 14 III 3.

Erklärung theoretisch nicht. Da es aber üblich ist, die Parteirollen durch entsprechende Vertragsabschlußklauseln umzukehren ¹³⁾, kann er sich in der Praxis trotzdem ohne weiteres diese Möglichkeit verschaffen. Im übrigen muß jeder, der mit eigenen AGB am Verkehr teilnimmt, infolge der allgemein üblich gewordenen Verwendung von Geschäftsbedingungen generell damit rechnen, daß kaufmännische oder kaufmännisch doch wenigstens erfahrene Vertragspartner eigene AGB zum Inhalt ihrer Einzelrechtsgeschäfte machen wollen (§ 346 HGB). Bei der Vielzahl der durch AGB regelbaren Einzelpunkte muß dabei jede Partei die Möglichkeit "überschießender" Bedingungen in Betracht ziehen. Da sich ihre Geltung leicht durch entsprechende (auch vorformulierte!) Widersprüche verhindern läßt, kann man jeder Partei zumuten, entweder einen solchen Widerspruch auch ohne konkrete Kenntnis der fremden AGB, sozusagen "auf Verdacht", auszusprechen oder sich diese Kenntnis durch Hinausschieben des Vertragsschlusses durch Vertragsabschlußklauseln zu verschaffen.

Ob der damit für beide Parteien mögliche und mit Rücksicht auf die o.a. Wirkung eines tatenlosen Verhaltens auch erforderliche Widerspruch auch tatsächlich vorliegt, ist dann nur noch eine Tatfrage:

Widerspricht eine Partei in ihrer Vertragserklärung ausdrücklich jeder Art fremder AGB, dann genügt das, die Geltung überschießender AGB zu verhindern. Dasselbe gilt, wenn nach Wortlaut oder Sinn der Erklärung ausschließlich die eigenen AGB gelten sollen. Dies wird bei voll ausgebildeten AGB die Regel sein ¹⁴⁾.

Läßt eine Partei dagegen erkennen, daß sie nur ganz bestimmte Einzelpunkte in ihrem Sinn durch AGB geregelt wissen will, indem sie z.B. nur "anderslautenden" AGB widerspricht oder ohne ausdrücklichen Widerspruch nur einige wenige Bedin-

13) Vgl. dazu oben § 14 II.

14) S. dazu auch oben § 7 II 2: "Antizipierter Widerspruch".

gungen verwendet, wird man einen Widerspruch gegen "überschießende" AGB verneinen können.

Im Ergebnis entspricht damit die hier vertretene Ansicht der schon von RAISER ¹⁵⁾ vorgeschlagenen Lösung:

Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden neben den Individualabreden die übereinstimmenden AGB beider Parteien. Daneben können auch überschießende AGB jeder Partei Vertragsinhalt werden, wenn der jeweilige Partner ihnen nicht widerspricht. Auf diese Weise können also beide Parteien solche Klauseln zum Vertragsinhalt beisteuern ¹⁶⁾.

Nicht Vertragsinhalt werden alle einander konkret widersprechenden Klauseln und überschießende AGB, denen der Partner widerspricht.

§ 16 Bestand der Einzelrechtsgeschäfte

I. Teilnichtigkeit von AGB und Bestand des Restgeschäfts

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß bei derart lückenhaften Vertragsinhalten notwendig die Frage auftauchen muß, ob solche Rechtsgeschäfte überhaupt wirksam bestehen bleiben können ¹⁾.

1. Die Problematik der gesetzlichen Regelung (§ 139 BGB)

Das Gesetz regelt alle Arten inhaltlicher Teilnichtigkeiten in § 139 BGB, der den Fortbestand teilnichtiger Rechtsgeschäfte wie ihr Zustandekommen grundsätzlich von einem entsprechenden beiderseitigen Parteiwillen abhängig macht und im Zweifel das gesamte Geschäft für nichtig erklärt. Wegen der Schwierigkeiten, diesen Willen einwandfrei festzustellen, hat

15) S. 223/224.

16) In dieser Richtung auch die von Raiser S. 223 Fn. 2 zitierte Rechtsprechung.

1) Oben § 8 III 3 und § 11.

diese Vorschrift im Bereich teilnichtiger AGB ²⁾ seit je zu erheblichen Schwierigkeiten geführt.

a) Über das Erfordernis des beiderseits auf Fortgeltung der Restgeschäfte gerichteten positiven Parteiwillens hat sich die Rechtsprechung recht großzügig hinweggesetzt, und die Gültigkeit der im Bereich der AGB teilnichtigen Geschäfte meist stillschweigend bejaht ³⁾. Wo § 139 BGB überhaupt noch erwähnt wird, erklärt sie den Parteiwillen für unbeachtlich ⁴⁾ oder verkehrt die gesetzliche Regelung sogar in ihr Gegenteil: Bei Nichtigkeit einzelner Klauseln oder deren Teile sei der Restvertrag nur nichtig, wenn für die Annahme der Nichtigkeit besondere Umstände vorlägen ⁵⁾.

Soweit die Literatur § 139 BGB im Recht der AGB überhaupt für anwendbar hält ⁶⁾, besteht auch hier Einigkeit nur über das Ergebnis: Die Teilnichtigkeit einzelner Klauseln soll den

2) Die im Folgenden zitierte Rechtsprechung und Literatur bezieht sich zwar auf die Problematik der wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) teilnichtigen AGB. § 139 BGB gilt aber nach allg. Ansicht für jede Teilnichtigkeit: Vgl. nur Erman-Westermann § 139 5 und Soergel-Hefermehl § 139 6. Daher ergeben sich hier die gleichen Probleme, so daß die Angaben - sofern sie nicht ganz speziell auf sittenwidrige AGB zugeschnitten sind - auch hier von Interesse sind.

3) Vgl. z.B. das Zitat aus BGHZ 22, 90, 92 oben S. 19 Fn. 2.

4) RGZ 102, 396, 398 (Haftung aus "receptum").

5) In dieser Richtung: RG LZ 26, Sp. 377 Nr. 1; 28, Sp. 1685 Nr. 11; vgl. auch RGZ 131, 213, 222.

6) v. Brunn S. 114 ff., grds. dafür auch Enn.-Nipperdey § 202 IV 2 b (S. 1220), Larenz AT § 29 II d (S. 453), Pal.-Dankelmann § 139 3, Staud.-Coing § 139 13 unter b); z.T. auch Mroch S. 50/51 und Pagenstecher S. 15 ff., 19 ff. Für unanwendbar halten § 139 aus unterschiedlichen (meist speziell für sittenwidrige AGB bezogenen) Gründen: Helm JuS 65, 126, Fischer BB 57, 484 und Anm. zu BGH LM 1 AGB, Lukes Festschrift S. 477 ff., 485, Naendrup S. 151 ff., 161, Raiser S. 320 ff., Sandrock AcP 159, S. 532, Schlegel-Hefermehl § 346, 111, Schmidt-Salzer S. 248 f., Schneider NJW 54, 134/135, Sebba S. 11 ff., 16 ff., Soergel-Hefermehl § 138, 71 ff. und § 139, 30. S. auch v. Godin § 346 Anm. 17 d S. 59 ff. (64). Unklar Meeske BB 59 S. 860.

Bestand des Rest-Geschäfts grundsätzlich nicht berühren ⁷⁾. Uneins ist man sich dagegen, ob man dies mit dem wirklichen Willen der Parteien begründen kann, oder ob man auf einen hypothetischen, weitgehend durch objektive Merkmale bestimmten Willen zurückgreifen kann.

b) Die Autoren, die die Aufrechterhaltung des Rest-Geschäfts am wirklichen Willen der Parteien ausrichten, unterstellen ihn den Parteien meist mit der Begründung, ihnen sei im Zweifel mehr am Vollzug des Geschäfts als an der Durchsetzung ihrer AGB gelegen ⁸⁾.

Dies begegnet den gleichen Bedenken wie die schon oben abgelehnte Ansicht, die Partner hätten sich nach § 150 II BGB auf die Bedingungen einer Partei geeinigt ⁹⁾ oder für das Zustandekommen des Vertrags (§§ 154, 155 BGB) auf ihre AGB verzichtet ¹⁰⁾. Hier wie dort fehlt es meist an jedem Anhaltspunkt für eine derartige Unterstellung. Sie ist daher regelmäßig aus rechtstatsächlichen Gründen nicht haltbar.

Daran ändert sich nichts, wenn man, wie es z.T. geschieht, aus einem tatsächlichen Zwang zur Aufrechterhaltung auf einen entsprechenden wirklichen Willen der Parteien schließen will ¹¹⁾. Dagegen ist mit Recht eingewendet worden, daß diese Ansicht - von ihrem nicht gerade zwingenden Ausgangspunkt einmal abgesehen - die prinzipielle Freiheit des Rechtsfolge-

7) A.A. insoweit (für sittenwidrige AGB!), meist aus rechtspolitischen Gründen: Hildebrandt AcP 143, 344, Hurst S. 52; vgl. auch Pagenstecher S. 20, der nur alle AGB (nicht den ganzen Vertrag!) für nichtig erklären will.

8) So ausdrücklich Staud.-Coing § 139, 13 und ihm folgend: Enn.-Nipperdey § 202 IV 2 b (S. 1220) mit Fn. 54, Pal.-Dankelmann a.a.O.; ähnlich z.T. auch Pagenstecher S. 21.

9) Oben § 7 II 2.

10) Oben § 8 III 2 b.

11) Mroch S. 50/51, Beispiel: Banken müßten bei Totalnichtigkeit aller AGB-Geschäfte mit dem Abfall der Dauerkundschaft rechnen. Vgl. auch OLG Frankfurt JW 20, 449, 450.

willens mißachtet¹²⁾). Jeder Unternehmer kann die Gesamtnichtigkeit einzelner Geschäfte trotz solcher Zwangsmomente wollen. Das mag unvernünftig sein, ändert aber nichts an der rechtlichen Wirksamkeit eines solchen Willens.

Die angestrebte Wirksamkeit des Restgeschäfts läßt sich somit regelmäßig aus rechtstatsächlichen Gründen weder mit einem konkret auf das jeweilige Geschäft gerichteten, noch mit einem "generellen" wirklichen Aufrechterhaltungswillen der Parteien begründen.

c) Die überwiegende Ansicht versucht, sich vom "wirklichen" Willen der Parteien als einem schon aus rechtstatsächlichen Gründen untauglichen Kriterium für die Aufrechterhaltung teilnichtiger Rechtsgeschäfte zu lösen und stellt dafür auf einen "hypothetischen" Willen "vernünftiger" Parteien ab, wobei dann weitgehend objektive Kriterien wie Umfang und Wert des Geschäfts u.ä. entscheidend für dessen Feststellung sein sollen¹³⁾.

Bei der Untersuchung über das Zustandekommen von Einzelrechtsgeschäften wurde jedoch schon darauf hingewiesen, daß eine solche Einführung objektiver Kriterien dem der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Gedanken der subjektiven Gestaltungskraft privatautonomer Rechtsgestaltung widerspricht¹⁴⁾. Da diese Prämisse einer ungestörten privatautonomeren Rechtsgestaltung hinsichtlich der Geltung von AGB fehlt, ist § 139 BGB als "Bekenntnis zur Privatautonomie"¹⁵⁾ im Bereich teilnichtiger AGB ebensowenig anwendbar wie die

12) Naendrup S. 37.

13) In dieser Richtung: v. Brunn S. 114 ff., 118, RGRK (Krüger-Nieland) § 139 Anm. 17, Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 52, Oertmann § 139 3 a, Pagenstecher S. 19 ff., 20/21, Soergel-Hefermehl § 139 19, 30. Aus der Rechtsprechung: RG JW 24, 1363, 1364, OLG Hamburg HEZ 2 Nr. 134 S. 307, 309, BAG 1, 258, 271.

14) Oben § 14 III 3.

15) Hurst S. 61.

§§ 154, 155 BGB beim Zustandekommen der Einzelrechtsgeschäfte¹⁶⁾. Entscheidend ist vielmehr auch hier nur die Frage, ob eine Partei der Fortgeltung des von der Nichtigkeit nicht unmittelbar betroffenen Rest-Geschäfts widerspricht oder nicht. Nur bei einem solchen Widerspruch ist das gesamte Geschäft nichtig. Fehlt es an dieser negativen Erklärung einer Partei, bleibt das Restgeschäft mit den wirksamen Teilinhalten gültig.

Die Vertragslücken, die durch den Fortfall der AGB entstehen, müssen dann nach den Vorschriften beurteilt werden, die durch sie hatten ausgeschlossen werden sollen, also dem dispositiven Recht. Wo dafür entsprechende Vorschriften fehlen, muß eine sachgerechte Lösung durch die Anwendung von Handelsbräueh, speziellen Verkehrssitten u.ä. gesucht werden.

Eine solche Bewertung der Folgen teilnichtiger AGB wird nicht nur dem Funktionszusammenhang von Geltungsgrund und Teilnichtigkeitsregelung gerecht; sie führt auch gerade in den Fällen einander widersprechender Verweisungen zu einem den tatsächlichen Verhältnissen und den regelmäßig vorhandenen Interessen beider Parteien entsprechenden Ergebnis, ohne einer Partei Gewalt anzutun. Wer ein Einzelrechtsgeschäft ohne seine AGB erkennbar nicht abschließen will, dem wird es gegen seinen Willen auch nicht aufgezwungen. Dem Schutzgedanken des Konsensprinzips wird damit auch in dieser Hinsicht genügend Rechnung getragen.

Ob eine Partei der Geltung des Restgeschäfts im konkreten Fall widersprechen will, läßt sich in der Regel ebenso einfach feststellen, wie ein Widerspruch gegen überschießende AGB. Es kann daher auf das dazu Ausgeführte verwiesen werden¹⁷⁾. Besteht Unklarheit, ob ein Widerspruch vorliegt, dann bleibt, da der Widerspruch die Fortgeltung nur verhindert,

16) Im Ergebnis ebenso: Fischer, Naendrup, Sandrock, Schleg.-Hefermehl, Soergel-Hefermehl, Sebba und Raiser a.a.O. oben § 14 Fn. 30.

17) Oben § 15 II 3.

das Restgeschäft im Zweifel gültig.

Auf dem hier vorgeschlagenen Weg kommt man damit zu einem Ergebnis, das allgemein angestrebt wird:

Durch die Unwirksamkeit einander widersprechender AGB wird der Bestand des Restgeschäfts regelmäßig nicht berührt. Es ist nur dann völlig unwirksam, wenn eine Partei ausdrücklich einen abweichenden Willen äußert.

II. Möglichkeiten einseitiger Bestandseinwirkung

Neben der Problematik der Teilnichtigkeit, die zeitlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt ist, steht die weitere Frage, ob die Parteien den Bestand eines einmal wirksam zustandegekommenen Geschäfts nach diesem Zeitpunkt durch einseitige Erklärungen ¹⁸⁾ beeinflussen können. Neben Rücktritts- und Anfechtungsrechten könnte man auch an einseitige Preisveränderungen denken.

1. Rücktritt

Für den Rücktritt von Einzelrechtsgeschäften, bei deren Abschluß beide Parteien auf einander widersprechende AGB verweisen, bestehen gegenüber gewöhnlichen Verträgen mit einseitiger oder ohne jede AGB-Verweisung keine Besonderheiten. Insbesondere kann die Tatsache eines solchen Widerspruchs allein für keine Partei ein selbständiges Rücktrittsrecht begründen. Insoweit bleibt es vielmehr bei der Regel des § 346 BGB, daß Rücktrittsrechte, von den gesetzlichen Fällen abgesehen, nur durch vertragliche Vereinbarungen entstehen können.

Diese können freilich auch dadurch zustande kommen, daß eine Partei entsprechende AGB zum Inhalt des Vertrages macht ¹⁹⁾. Soweit dabei sog. "Freiklauseln" wie "freiblei-

18) Daß eine einverständliche Abänderung oder Aufhebung jederzeit möglich bleibt, ist selbstverständlich!

19) Beispiel für einen speziell an widersprechende AGB geknüpften Rücktrittsvorbehalt oben § 14 II Fn.

bend", "unverbindlich", "ohne obligo" u.a. verwendet werden, muß jedoch sorgfältig geprüft werden, ob sich diese Klauseln nur auf die jeweilige Vertragserklärung oder auf den Vertrag selbst beziehen. Im ersteren Fall kehren sie lediglich die Parteirollen um und verlieren mit dem Abschluß des Einzelrechtsgeschäfts ihre Bedeutung. Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts werden sie nicht. Sie können daher kein Rücktrittsrecht begründen. Sie verschaffen dagegen der auf sie verweisenden Partei dann ein echtes vertragliches Rücktrittsrecht, wenn sie sich auf den Vertrag selbst beziehen und wirksam Vertragsinhalt geworden sind ²⁰⁾.

Da solche "Frei-Klauseln" einer Partei sehr weitgehende Befugnisse einräumen, insbesondere, wenn sie keinerlei Beschränkungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts enthalten, wird man sie, schon um ihre Wirksamkeit nicht zu gefährden, im Wege restriktiver Auslegung im Zweifel auf die Vertrags-
erklärungen beschränken müssen ²¹⁾. Selbst wenn sie ausnahmsweise Vertragsinhalt sein sollten, ist ein Rücktritt ausgeschlossen, wenn die betreffende Partei mit der Vertragserfüllung beginnt und damit zu erkennen gibt, daß sie von ihrem Recht keinen Gebrauch machen will ²²⁾.

Beschränkt sich die Freizeichnung auf einzelne Vertragsbestandteile wie Lieferung und Termine ("rechtzeitige Lieferung vorbehalten") oder Preise ("Preise freibleibend"), dann besteht unter Ausschluß eines allgemeinen Rücktrittsrechts nur das Recht, diese entsprechenden Leistungen nach § 315 BGB

20) Vgl. Baumb.-Duden § 346 5 unter "Freibleibend", Enn.-Nipperdey § 161 III (S. 992) Fn. 32, Erman-Hefermehl § 145, 7, Flume § 35 I 3 c (S. 642 f.), v. Godin Anh. zu § 361 Anm. 17 b (S. 357) mit Nachw. aus der Rechtsprechung, Lehmann-Hübner § 33 II 2 a (S. 237), Soergel-Lange § 145, 11. Vgl. auch Oertmann § 145 3 b mit weiteren Nachweisen.

21) Erman-Hefermehl a.a.O., Staud.-Coing § 145, 16 m. Nachw.; a.A. wohl Lehmann-Hübner a.a.O.

22) § 242 BGB: "Venire contra factum proprium". Vgl. auch Staud.-Coing a.a.O.

neu festzusetzen²³⁾. Unter Umständen kann sich dabei auf diesem Wege für eine Partei das Recht ergeben, eine neue Preisstellung vorzunehmen, wenn ihre ursprüngliche Berechnung auf die alleinige Geltung ihrer AGB abgestellt war. Ohne einen solchen vertraglichen Vorbehalt wird man diese Möglichkeit regelmäßig verneinen müssen, da es dafür an einer Rechtsgrundlage fehlt²⁴⁾.

2. Anfechtung

Ob die Parteien ein mit widersprechenden AGB geschlossenes Einzelrechtsgeschäft nach §§ 119 ff. BGB anfechten können, hängt davon ab, worauf sich ihr Irrtum jeweils bezieht.

a) Die Parteien können sich zunächst darüber irren, daß auf Grund ihrer übereinstimmenden Individualabreden überhaupt schon ein Vertrag zustande kommt. Ein solcher Irrtum würde sich nicht auf den Inhalt, sondern auf die Folgen ihrer Willenserklärungen beziehen und wäre daher als Rechtsfolgenirrtum unbeachtlich²⁵⁾.

b) Erst recht unbeachtlich ist selbstverständlich die bei beiden Parteien üblicherweise vorhandene Hoffnung, daß sich das Geschäft ohne Streit über die AGB reibungslos abwickeln werde. Eine derart falsche Einschätzung der künftigen Entwicklung berechtigt als "Motivirrtum" grundsätzlich nicht zur Anfechtung²⁶⁾.

23) Vgl. dazu Baumb.-Duden § 346, 5, unter "Preisvorbehalt", Soergel-Lange § 145, 11 mit Nachw., Staud.-Coing a.a.O. und BGHZ 1, 353, 354.

24) Vgl. dazu vor allem Lukes Festschrift S. 461 f. und JuS 61, 306, Naendrup S. 177 ff. mit Nachw. auf S. 180 in Fn. 8 und Weber N. 48 mit weiteren Nachweisen. Zur Preis-Bedingungsabhängigkeit aus volkswirtschaftlicher Sicht: Kliege S. 48 ff. mit weit. Lit. in Fn. 15.

25) Zur Unbeachtlichkeit des Rechtsfolgenirrtums (allg. Ansicht!) vgl. nur Enn.-Nipperdey § 167 IV 5 (S. 1041 f.), Flume § 23/4 d (S. 465 ff.) und Staud.-Coing § 119, 40 ff.

26) Vgl. nur Soergel-Hefermehl § 119, 61 und Staud.-Coing § 119, 52 mit Nachweisen und Beispielen.

c) Irren können sich die Parteien auch darüber, daß infolge der widersprechenden Bedingungen ihres jeweiligen Partners ihre AGB entweder gar nicht oder doch jedenfalls nicht in vollem Umfang Vertragsinhalt werden, sondern daß statt dessen dispositives Recht zur Anwendung kommt.

Auch diesen Irrtum könnte man als "Irrtum über Rechtsfolgen" bezeichnen²⁷⁾. Im Gegensatz zum Zustandekommen der Rechtsgeschäfte, die auf dem Gesetz beruht (Fall oben a), sind diese Rechtsfolgen aber (normativer) Inhalt der jeweiligen Vertragserklärungen²⁸⁾. Ein Irrtum über die Geltung der eigenen AGB ist damit gleichzeitig Inhaltsirrtum und als solcher beachtlich. War er für die Abgabe der Erklärung ursächlich²⁹⁾, was durchaus nicht immer der Fall sein muß und daher jeweils sorgfältiger Prüfung bedarf, kann die sich irrende Partei unverzüglich nach Entdeckung ihres Irrtums (§ 121 BGB) das Geschäft anfechten³⁰⁾. Der Vertragspartner wird durch § 122 I BGB genügend geschützt, wenn er die Anfechtbarkeit weder kannte noch unverschuldet nicht kannte. Da dieser Anspruch notfalls bis zum Erfüllungsinteresse geht, wird er dadurch nicht benachteiligt³¹⁾. Irren sich beide

27) Vgl. Flume § 23/4 d (S. 465).

28) Zur Abgrenzung dieser Irrtumsformen vgl. Flume, Enn.-Nipperdey und Staud.-Coing a.a.O. (oben Fn. 25) und Weber N. 301.

29) § 119 I aE. Zu den Einzelheiten vgl. Soergel-Hefermehl I 119, 62 f. und Staud.-Coing § 119, 35 ff.

30) Lukes Festschrift S. 487 f. und JuS 61, 308, vgl. auch Schleg.-Hefermehl § 346, 99; a.A. Schmidt-Salzer S. 258 ff. Die Ansicht Flumes, bei fahrlässigem Irrtum von Kaufleuten sei eine Anfechtung ausgeschlossen (§ 21/9, c, S. 428 f.) findet im Gesetz keine Stütze. Wie Flume selbst erkennt, ist die Anfechtbarkeit nach §§ 119 ff. BGB nicht vom Verschulden einer Partei abhängig. Daran ändert auch § 346 HGB, den Flume heranziehen will, nichts.

31) Lukes Festschrift a.a.O. Weber N. 301. Zum Umfang der Berechnung vgl. Soergel-Hefermehl § 122, 4 und Staud.-Coing § 122, 9, 9 a.

Parteien in dieser Hinsicht, kann jede für sich ihre Erklärung anfechten ³²⁾.

d) Denkbar ist schließlich auch, daß die Parteien ihre Individualabreden infolge dieses Irrtums über die Geltung ihrer AGB anders abgefaßt haben, als sie es bei Kenntnis der Teilnichtigkeit getan hätten. Dabei ist vor allem an die in der Wissenschaft oft besprochene, in der Praxis aber wohl kaum vorkommende ³³⁾ sogenannte Preis-Bedingungs-Abhängigkeit zu denken. Oben ³⁴⁾ wurde bereits dargelegt, daß der Widerspruch der AGB allein eine Neukalkulation grundsätzlich nicht rechtfertigt. Für einen darauf bezogenen Irrtum kann nichts anderes gelten: Solche irrigen Vorstellungen einer Partei über die Geltung ihrer AGB sind, soweit sie die Preisfestsetzung beeinflussen, nichts anderes als ein "in den Bereich vorgelagerter Motivation" ³⁵⁾ gehörender Kalkulationsirrtum, der nach einhelliger Ansicht nicht zur Anfechtung berechtigt, weil jeder Vertragspartner solche Kalkulationsrisiken selbst tragen muß. Er kann sich daher davon nicht einmal um den Preis einer entsprechenden Schadensersatzleistung befreien ³⁶⁾.

Eine Ausnahme soll nach der Rechtsprechung nur dann gelten, wenn Kalkulationsgrundlagen von den Parteien zum Gegenstand entscheidender Vertragsverhandlungen gemacht wurden ³⁷⁾. Ob

32) Da sich in diesem Fall jede Partei nur über ihre eigene Erklärung irrt, bezieht sich der beiderseitige Irrtum nicht auf denselben Inhalt. Das Problem des parallelen ("zwei- oder "doppelseitigen") Irrtums (doppelte Anfechtung oder Irrtum über die Geschäftsgrundlage) taucht hier also nicht auf. Vgl. dazu Lukes a.a.O. m. Nachw. in Fn.105.

33) Vgl. dazu die ausführlichen Darlegungen von Naendrup S. 177 ff. und Kliege S. 48 ff.; s. auch Lukes Festschrift S. 462 und Raiser S. 325.

34) Hier unter 1).

35) Naendrup S. 184.

36) Allgemein zur Unerheblichkeit des Kalkulationsirrtums: Flad, Festschrift Bumke 1939 S. 233 ff., 237 ff. mit ausf. älterer Rechtsprechung, Soergel-Hefermehl § 119, 58 und speziell gegen ein Anfechtungsrecht bei Fehlkalkulationen infolge Irrtums über AGB-Geltung: Naendrup S. 184/185, Raiser S. 325 gegen Sebba S. 18 f., Weber N. 48 m. weit. ausf. Nachweisen.

37) RGZ 64, 266, 268 und ständig bis 162, 198, 201. Der BGH hat die Frage bisher offengelassen: vgl. BGH LM Nr. 8 zu § 119 BGB.

diese Ansicht vertretbar ist ³⁸⁾, kann hier dahinstehen:

Werden AGB als Kalkulationsgrundlage zum Gegenstand konkreter Vertragsverhandlungen gemacht - ein Fall, der in der Praxis kaum vorkommen dürfte, da man weder über die Kalkulation noch über die AGB besonders gern spricht -, dann gehen solche individuellen Absprachen wie stets den AGB vor ³⁹⁾. Widersprechende AGB im echten Sinne können daher hier gar nicht vorliegen. Meinungsverschiedenheiten in diesen Punkten müssen wie jeder Einigungsmangel über Individualabreden notwendig von vornherein zur Unwirksamkeit des Gesamtgeschäfts führen ⁴⁰⁾. Das hier in Frage stehende Problem kann daher dann gar nicht auftauchen.

Für die Frage der Preis-Bedingungs-Abhängigkeit steht damit fest, daß die betroffene Partei in der Regel weder ihren einmal festgesetzten Preis einseitig abändern, noch infolge Irrtums das Gesamtgeschäft anfechten kann.

e) Angefochten werden kann schließlich auch nicht das tatsächliche Verhalten, das die Geltung "überschießender" AGB herbeiführt und für den Bestand des Restgeschäfts bedeutsam ist ⁴¹⁾. Dieses Verhalten ist weder Geltungsgrund des Einzelrechtsgeschäfts noch liegt darin überhaupt eine Willenserklärung. Nach der oben vertretenen Ansicht ist es vielmehr eine - grundsätzlich unanfechtbare! - ⁴²⁾ Tatsache.

38) Dagegen nahezu einhellig die Literatur: Vgl. nur Enn.-Nipperdey § 167 IV 4 mit Fn. 25 (S. 1040) und Staud.-Cöing § 119, 14 a jew. mit ausf. Nachweisen.

39) Allg. Ansicht. Vgl. nur Raiser S. 230 ff., Schmidt-Salzer S. 171 ff. jew. m. Nachw.

40) S. oben § 14 I.

41) Oben § 15 II 3 und § 16 I 2 b.

42) Entspr. die h.M. zur Anfechtbarkeit des Schweigens im Rechtsverkehr, vgl. dazu insbes. Krause Schweigen S. 134, Enn.-Nipperdey § 153 IV B 2 a (S. 948) mit Fn. 19, Flume § 36/7 (S. 668), v.Godin § 346 Anm. 16 h (S. 47 f.); s. auch Raiser S. 244 und BGHZ 11, 1, 5; 20, 149, 154, DB 62, 1138.

Damit steht fest, daß die Parteien das einmal wirksam bestehende Einzelrechtsgeschäft nur anfechten können, wenn sie sich über die Geltung ihrer eigenen AGB geirrt haben (oben c). In diesem Fall steht dem Anfechtungsgegner aber unter den Voraussetzungen des § 122 I und II BGB ein Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens zu.

§ 17 Abrundung und Zusammenfassung der bisherigen Erkenntnisse

I. Anwendung auf Fallvariationen

Da die vorstehend dargelegten Gedanken am Modellfall beiderseits ausdrücklicher Verweisungen entwickelt wurden, bleibt zum Schluß noch zu prüfen, ob sich die dabei gefundenen Erkenntnisse auch auf atypische Fallgestaltungen anwenden lassen.

1. Beiderseits "stillschweigende" Verweisung

Bei der Kritik der bisherigen Lösungsversuche wurde bereits dargelegt, daß diese Lösungen die Problematik einander widersprechender AGB nicht lösen können, weil sie für ihre Argumentation aus dem Parteiwillen in diesen Fällen keine tatsächlichen Anhaltspunkte vorfinden ¹⁾.

Für die hier entwickelte Lösung, die auf eine solche Begründung nicht angewiesen ist, bestehen diese Schwierigkeiten nicht. Ihr Ausgangspunkt von der unterschiedlichen Struktur der AGB-enthaltenden Vertragserklärungen trifft auch in diesen Fällen beiderseits stillschweigender Verweisungen zu. Er gilt hier sogar um so mehr, als in diesen Fällen ein konkret auf den Abschluß des jeweiligen Geschäfts gerichteter Parteiwille nur hinsichtlich der Individualabreden feststellbar ist. Die daraus schon in den Fällen beiderseits ausdrücklicher Verweisung folgende Notwendigkeit, Individualabreden und AGB ih-

1) Oben § 7 III 3 ("Konsenslösung") und § 8 III 2 b ("Dissenslösungen").

ren Eigenarten entsprechend rechtlich getrennt zu bewerten, gilt daher in den Fällen stillschweigender Verweisungen erst recht. Da die Beurteilung von Zustandekommen, Inhalt und Bestand der Einzelrechtsgeschäfte von der Art der Verweisung nicht abhängig ist, können die oben für den Modellfall entwickelten Erkenntnisse also ohne weiteres auf diese Fälle beiderseits stillschweigender Verweisungen übertragen werden.

2. Zusammentreffen von ausdrücklicher und "stillschweigender" Verweisung

Gelten für beiderseits ausdrückliche und beiderseits stillschweigende Verweisungen die gleichen Maßstäbe, dann kann bei der rechtlichen Gleichwertigkeit aller Verweisungsarten für eine Kombination beider Möglichkeiten nichts anderes gelten. Auch in diesen Fällen lassen sich somit die Vertragserklärungen in Individual- und AGB-Komplexe aufteilen und entsprechend getrennt bewerten.

Da es bei der hier entwickelten Lösung in keinem Fall darauf ankommt, ob die Parteien mit der Vertragserfüllung beginnen, kann damit festgestellt werden, daß man mit ihr alle denkbaren Fallgestaltungen einander widersprechender AGB nach einem einheitlichen Prinzip lösen kann.

II. Zusammenfassung

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich demnach wie folgt zusammenfassen:

1. Lösungsweg

a) Vertragserklärungen, die AGB enthalten, weisen in ihren individuellen und ihren durch AGB normierten Inhalten eine unterschiedliche Willensstruktur auf. Diese entspricht nur hinsichtlich des Individualteils der Struktur des gesetzlichen Modells einer Willenserklärung. Nur auf diesen Teil kann die gesetzliche Regelung über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte unmittelbar angewendet werden.

b) Die §§ 145 ff. BGB über das Zustandekommen von Rechtsgeschäften sind daher nur für die Individualabreden maßgeblich. Die beiderseitigen AGB haben - ihrem vertragsergänzenden Zweck entsprechend - nur für den Inhalt von Verträgen Bedeutung.

c) Über diesen Inhalt entscheidet der übereinstimmende Wille beider Parteien entsprechend dem gesetzlichen Konsensprinzip nur hinsichtlich der Individualabreden. Für die AGB gilt dieses Prinzip mit Einschränkungen: Sie ergänzen den individuellen Vertragsinhalt kraft einseitiger, unwidersprochen gebliebener Verweisung. Der fehlende Widerspruch des jeweiligen Partners ist entgegen der h.M. keine Willenserklärung, sondern nur eine tatsächliche, im Imperativcharakter der normähnlichen AGB begründete, negative Bedingung für den Eintritt nur einseitig gewollter Rechtsfolgen.

d) Dieser besonderen Geltung von AGB entspricht es, den Bestand von Rechtsgeschäften, die nur in ihrem AGB-Inhalt teilnichtig sind, weil sich die beiderseitigen Bedingungen widersprechen, ebenfalls nicht vom positiven Willen beider Parteien abhängig zu machen. Auch dafür genügt vielmehr der einseitige Wille einer Partei, dem die andere nicht widerspricht.

2. Ergebnis

a) Bei einander widersprechenden Verweisungen beider Parteien kommt trotz der Diskrepanz der AGB ein Einzelrechtsgeschäft wirksam zustande.

b) Es enthält neben den Individualabreden die übereinstimmenden AGB beider Parteien und die "überschießenden" Bedingungen jedes Partners, denen der jeweils andere nicht widerspricht. Nicht Vertragsinhalt werden dementsprechend die nicht anerkannten überschießenden AGB und die einander inhaltlich widersprechenden Klauseln.

c) Vertragslücken müssen nach den Regeln des dispositiven Rechts, eventuell nach Handelsbräuchen oder Verkehrssitten, gegebenenfalls auch nach § 242 BGB ausgefüllt werden.

d) Die Wirksamkeit des Gesamtgeschäfts wird durch diese Teilnichtigkeit grundsätzlich nicht berührt. § 139 BGB ist nicht anwendbar. Gesamtnichtigkeit tritt nur ein, wenn eine Partei dies ausdrücklich durch einen Widerspruch gegen die Geltung des Restgeschäfts verlangt.

e) Der Widerspruch der beiderseitigen AGB berechtigt für sich allein grundsätzlich keine Partei, vom gesamten Geschäft zurückzutreten, es anzufechten oder ihre Leistungen einseitig neu festzusetzen. Rücktritt und Nachkalkulation sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie vertraglich vereinbart waren. Eine Anfechtung ist nur möglich, wenn sich eine Partei über die Geltung ihrer AGB geirrt hat und dieser Irrtum für den Vertragsschluß kausal war. Unter den Voraussetzungen des § 122 BGB verpflichtet die Anfechtung zum Schadensersatz. Die Geltung der fremden überschießenden AGB kann nicht angefochten werden.

C. Schluß

§ 18 Abschließende Betrachtungen

I. Vergleich mit den bisherigen Lösungen

Vergleicht man zum Schluß diese Ergebnisse mit denen der bisher vertretenen Lösungen, dann zeigt sich, daß man auf dem hier vorgeschlagenen Weg in wesentlichen Punkten zu besseren Ergebnissen gelangen kann:

1. Konsenslösung

a) Gegenüber der von der Rechtsprechung vertretenen "Konsenslösung" hat die hier vorgeschlagene Lösung, wenn man zunächst einmal nur ihre Praktikabilität betrachtet, zwar den Nachteil, daß der Inhalt des jeweiligen Rechtsgeschäfts hier nicht ganz so einfach festzustellen ist wie dort.

In der Praxis dürfte das jedoch nicht sehr ins Gewicht fallen. Im Streitfall kommt es in der Regel immer nur auf

ganz bestimmte Einzelfragen an, wie z.B. die Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge o.ä. Durch einen Vergleich der beiderseitigen AGB läßt sich dann meist ohne größere Schwierigkeiten feststellen, was in diesem Punkt Vertragsinhalt ist. Da diese Diskrepanz der beiderseitigen AGB auf den Bestand des Rechtsgeschäfts grundsätzlich keinen Einfluß hat, ist es dann wenig interessant, welche anderen, nicht streitentscheidenden Bedingungen sonst noch Inhalt des Einzelrechtsgeschäfts sind. Es kann daher der Praktikabilität der hier vorgeschlagenen Lösung nicht schaden, daß sich bei ihr der Vertragsinhalt "mosaikartig" ¹⁾ aus verschiedenen Bedingungen beider Parteien zusammensetzt.

b) Diesem "Nachteil" stehen jedoch erhebliche Vorteile gegenüber:

aa) Im Gegensatz zur "Konsenslösung" erlaubt der hier vorgeschlagene Lösungsweg eine der Struktur und tatsächlichen Erscheinungsform entsprechende rechtliche Wertung von AGB-Verträgen, ohne diese eigenartigen Erscheinungsformen unseres Rechtslebens dem starren Schema einer gesetzlichen Regelung zu unterwerfen, daß auf anders geartete Rechtsformen zugeschnitten ist. Dadurch ist es möglich, anders als bei der Konsenslösung feste Regeln aufzustellen, die auf alle Fälle einander widersprechender AGB gleichmäßig angewendet werden können.

Die sich dabei ergebenden Rechtsfolgen sind im Gegensatz zur Konsenslösung, die weitgehend mit tatsächlichen Argumenten operieren muß, aus rechtlichen Erwägungen begründet. Diese gründen einerseits so weit wie möglich in der bestehenden Rechtsordnung. Wo Erwägungen angestellt werden mußten, für die das Gesetz keine positiven Regelungen enthält, bleibt jedenfalls die innere Übereinstimmung mit den Grundgedanken dieser Ordnung gewahrt. Damit entspricht die hier vorgeschlagene Lösung auch den Maßstäben, die LARENZ als "Kennzei-

1) Das wendet Leo a.a.O. S. 119/120 gegen diese Methode ein.

chen geglückter Rechtsfortbildungen" aufgestellt hat ²⁾:

- (1) Es wird eine Regel aufgestellt, die auf typische Fälle gleichmäßig angewendet werden kann.
- (2) Die Verbindung ihrer konkreten Rechtsfolgen mit dem ihr zu Grunde liegenden Tatbestand ist aus rechtlichen Erwägungen begründet. Die Regel verwirklicht damit ein materiales Rechtsprinzip so, daß sie aus diesem einsichtig gemacht werden kann. Sie trägt daher nicht nur den Charakter einer bloßen Festsetzung.
- (3) Die aufgestellte Regel läßt sich in das gegebene Ganze der Rechtsordnung bruchlos einfügen. Die innere Übereinstimmung mit der Rechtsordnung wird also gewahrt.

bb) Auch die Ergebnisse der hier vorgeschlagenen Lösung dürften gerechter sein als die der Konsenslösung:

Keine Partei wird auf Kosten der anderen bevorzugt. Widersprechende Ergebnisse in gleichgelagerten Fällen sind nicht möglich. Damit vermindert sich hier das bei der Konsenslösung immer bestehende Prozeßrisiko für die Parteien. Gleichzeitig wird auch ihr allgemeines Kostenrisiko verringert, da sich jede Partei durch Ausschluß der fremden AGB eine sichere Grundlage für eine Ersatzkalkulation verschaffen kann ³⁾. Darüber hinaus kann man mit der hier vorgeschlagenen Lösung im Gegensatz zur Konsenslösung ohne Schwierigkeiten alle denkbaren Fallgestaltungen widersprechender AGB lösen.

2. Dissenslösungen

Letzteres gilt auch gegenüber den verschiedenen "Dissenslösungen" der Literatur, mit denen die hier vertretene Ansicht sonst im Ergebnis, z.T. (Krause) auch in der Lösungsmethode, übereinstimmt. Deren Ergebnisse werden hier zudem

2) Larenz, Rechtsfortbildungen S. 13.

3) S. oben § 8 I.

noch verfeinert. Durch die grundsätzliche Anerkennung aller einander nicht konkret widersprechenden AGB kann man sich von dem unpraktischen Grundsatz des "alles oder nichts" lösen. Die Geltung der übereinstimmenden AGB ermöglicht eine sachgerechte Bewertung des jeweiligen Einzelrechtsgeschäfts nach gemeinsamen Grundanschauungen der Parteien ohne Umweg über die Verwendung dieser AGB als Auslegungsmittel. Die Anerkennung "überschießender" AGB hat ähnliche Vorteile: Branchenbedingte und häufig sachgemäße Regelungen können so unmittelbar berücksichtigt werden. Auch wird dadurch den persönlichen Bedürfnissen beider Parteien Rechnung getragen, so weit es nur eben möglich ist.

II. Ausblick

Ganz ohne Härten für die Betroffenen ist die hier vorgeschlagene Lösung freilich ebenso wenig wie die bisher vertretenen Ansichten: Auch hier muß zumindest einem Teil, in Extremfällen notfalls auch allen AGB beider Parteien die Wirksamkeit versagt bleiben. Es sollte sich jedoch niemand "beklagen, wenn seine Nachlässigkeit bei Vertragsschluß sich nicht mehr voll gutmachen läßt" ⁴⁾. Es liegt bei den Parteien selbst, diese Nachteile zu vermeiden:

Das kann einmal dadurch geschehen, daß eine Partei ihre AGB durch ausdrückliche Vereinbarungen zweifelsfrei durchsetzt, indem sie etwa ihre Verträge nur schriftlich auf ihren, AGB enthaltenden Formularen abschließt, wie es z.B. seit langem im Kraftfahrzeughandel üblich ist.

Daneben besteht die Möglichkeit, daß die Parteien entweder selbst (z.B. bei längerer Geschäftsverbindung) oder durch ihre Interessenvertreter gemeinsame Bedingungen aushandeln und sie zur Grundlage aller ihrer Geschäfte machen ⁵⁾. Dieser theoretisch unbegrenzten Möglichkeit sind allerdings praktische Grenzen gesetzt: Kein Unternehmer hat nur einen

4) Raiser S. 223.

5) Klassisches Beispiel: "Deutscher Einheitsmietvertrag". Vgl. zu gemeinsamen AGB besonders: v.Brunn S. 24-27, Haus S. 43 ff., 54 ff., 65 ff. mit Beispielen, Kliege S. 75 ff., Klinger BB 62, 1633 f., und Weber N. 292 mit Anmerkung, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Kunden, keiner kann es sich auch leisten, mit allen Geschäftspartnern jeweils beim ersten Geschäft alle AGB auszuhandeln. Nur wenige betätigen sich auch in so eng begrenzten Bereichen, daß gemeinsame Bedingungen eines Wirtschaftszweigs für alle ihre Rechtsgeschäfte passen können. Eine vollständige, alle möglichen Bereiche wirtschaftlicher Betätigung erfassende Aufstellung von (dann wirklich "allgemeinen") Geschäftsbedingungen ist angesichts der Vielzahl unternehmerischer Betätigungsmöglichkeiten kaum realisierbar. Es ist zudem zweifelhaft, ob ein solcher Versuch, wenn er überhaupt gelänge, den Bedürfnissen der Praxis besser gerecht würde, als die bereits bestehende gesetzliche Regelung. Bei der Fülle der widerstreitenden Interessen würde ein allen gerecht werdender Interessenausgleich dieser gesetzlichen Regelung zumindest sehr nahe kommen.

Klarheit können die Parteien schließlich dadurch schaffen, daß sie alle Punkte ihrer AGB individuell aushandeln. Daß das nicht gerade der Sinn der AGB-Verwendung ist, liegt auf der Hand.

Einen der mit der Aufstellung von AGB erstrebten Vorteile (Rationalisierung) können die Parteien dagegen sehr einfach erreichen, wenn sie sich auf die älteste und einfachste Möglichkeit besinnen, Nebenpunkte eines Vertrages zu regeln: Indem sie gar nichts vereinbaren, sondern das Geschäft insoweit den dispositiven Regeln des Gesetzes überlassen.

Daß dies nicht die schlechteste Möglichkeit ist, ist z.T. auch schon Unternehmern bekannt, die einander widersprechenden AGB täglich begegnen. Als abschließendes Beispiel sei daher hier ein Unternehmen der elektrotechnischen Industrie zitiert, das seine Bestellformulare statt mit Einkaufsbedingungen mit folgendem Text versieht ⁶⁾:

"Eigentlich sollten hier - wie das im allgemeinen üblich ist - wohlformulierte Einkaufsbedingungen stehen. Wir wissen

6) Zitiert von Ruwwe auf der gemeinsamen Sitzung der Erfahrungsgruppen "Industrieller Einkauf" und "Industrieller Vertrieb" vom 11.3.1959 (unveröffentlicht) N Brief zu E b E 2 S. 4.

jedoch - genau wie Sie -, daß diesen meistens keine Beachtung geschenkt wird (!) und Ihnen im übrigen ihre Lieferbedingungen gegenüberstehen, die vielleicht entgegengesetzte Bestimmungen enthalten, weil beide - wie üblich - nicht aufeinander abgestimmt wurden.

Dieser Zustand wird sich nicht ändern, bevor maßgebliche Stellen der Wirtschaft ganz allgemein die Einkaufs- und Verkaufsbedingungen so festgelegt haben, daß Widersprüche vermieden werden. Bis zu einer solchen Regelung erscheint die Mitteilung von Bedingungen mehr oder weniger als Prestigefrage von geringem praktischen Nutzen; denn kommt es wirklich einmal zu einem Rechtsstreit, bleibt dem Richter - wie bereits in einigen Urteilen geschehen - nichts anderes übrig, als sein Urteil nach den gesetzlichen Bestimmungen zu fällen.

Diese liegen unseren Bestimmungen a priori zu Grunde. Alle Zweifelsfälle sind vom Gesetzgeber ausreichend geregelt worden. Sie werden darum Verständnis dafür haben, wenn wir das Studium etwaiger gedruckter Routine-Lieferbedingungen, die Sie uns vielleicht mit Ihrer Auftragsbestätigung zukommen lassen und die nicht besonders für den einzelnen Geschäftsfall formuliert sind, uns ersparen und annehmen, daß auch Sie sich unserer Auffassung anschließen und mit der Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen einverstanden sind. Sollten Sie eine andere Auffassung vertreten, bitten wir Sie um Ihre umgehende spezielle Mitteilung. Sie versetzen uns dann in die uns nicht erwünschte Lage, Ihren Bedingungen besondere Aufmerksamkeit zu schenken und Punkte, die uns unannehmbar erscheinen, beanstanden zu müssen".

Lebenslauf

Ich wurde am 28. Dezember 1937 in Borkum als erstes von fünf Kindern des Kapitänleutnants a.D. Carl Weber und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Schmidt geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach den Volksschulen in Borkum und Waltrop (Westf.) besuchte ich ab 1950 das humanistische Gymnasium "Aloisiuskolleg" in Bad Godesberg, an dem ich am 15. Februar 1957 die Reifeprüfung bestand. Von 1957 - 1961 studierte ich je 5 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten in Frankfurt/Main und Münster (Westf.). Am 25. November 1961 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am OLG Hamm. Nach Ableistung meiner Referendarzeit in den Bezirken Münster/Hamm legte ich am 30. September 1966 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab. Vom 1. 10. 1966 bis zum 30. 9. 1967 war ich als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle an der Universität Münster tätig. Seit dem 2. Oktober 1967 stehe ich im Dienst der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen.



